

Monografieën

SOCIAAL RECHT

78

Platformisering,
algoritmisering
en sociale bescherming

*Prof. mr. M.S. Houwerzijl
Mr. dr. S.H.M. Montebovi
Mr. dr. N. Zekić
(red.)*



Wolters Kluwer

Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming

Sociaalrechtelijke uitdagingen in tijden van digitale transformatie

Prof. mr. Mijke Houwerzijl
Mr. dr. Saskia Montebovi
Mr. dr. Nuna Zekić
(Red.)

Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming

*Sociaalrechtelijke uitdagingen in tijden van digitale
transformatie*

Verkorte citeerwijze: Houwerzijl, Montebovi & Zekić (red.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming* (MSR nr. 78) 2021/[paragraafnummer]
Volledige citeerwijze: M.S. Houwerzijl, S.H.M. Montebovi & N. Zekić (red.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming. Sociaalrechtelijke uitdagingen in tijden van digitale transformatie* (Monografieën Sociaal Recht nr. 78), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Het complete productaanbod vindt u in de online webshop: www.wolterskluwer.nl/shop.

Ontwerp omslag: Bert Arts BNO

ISBN 978 90 13 16542 5
NUR 825-502, 825-512

© 2021, Wolters Kluwer Nederland B.V., M.S. Houwerzijl, S.H.M. Montebovi & N. Zekić

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden veeleenvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.

NAVIGATOR



VOORWOORD

In deze bundel staan een aantal sociaaljuridische vraagstukken centraal die zich voordoen bij de (r)evolutie naar een andere wereld van werk. Daarbij richten we ons met name op uitdagingen die gepaard gaan met technologisch aangedreven processen van platformisering en algoritmisering. Wij hopen dat de in dit boek gebundelde onderzoeksbevindingen als naslagwerk kunnen dienen voor een brede groep lezers, waaronder beleidsmakers en -adviseurs en andere 'stakeholders' bij het agenderen, borgen en (waar nodig) reguleren van adequate sociale bescherming bij arbeid(sprocessen) via online platforms en algoritmes.

Dit 'open access' boek is tot stand gekomen op initiatief van en met de financiële steun van Instituut Gak.¹

Bij de aftrap van het project waarvan deze bundel het resultaat is, hadden we nog geen weet van de coronapandemie die kort daarop het arbeidsproces ingrijpend zou veranderen. Ineens onderzochten we niet alleen juridische aspecten die samenhangen met de technologische transformatie van werk en arbeidsorganisaties, maar kregen we er ook van de ene op de andere dag in onze eigen arbeidsomstandigheden volop mee te maken. Na deze omschakeling verliep het (vertraagde) onderzoeks- en redactieproces vervolgens volledig digitaal in goed overleg met Instituut Gak.

Nu het boek klaar is en in (digitaal of fysiek) format voor u beschikbaar is, willen wij Instituut Gak nog eens expliciet bedanken voor alle steun en de prettige samenwerking in de uitdagende projectperiode die achter ons ligt.

Een ander woord van dank gaat uit naar Alena van Geen, onze student-assistente, voor haar hulp bij het drukklaar maken van deze bundel.

Wij wensen u veel leesplezier toe.

De redactie,
Mijke Houwerzijl
Saskia Montebovi
Nuna Zekić

Tilburg University, 31 mei 2021

¹ Instituut Gak wil een bijdrage leveren aan de kwaliteit van de sociale zekerheid in Nederland door financiële ondersteuning van onderzoek, projecten en leerstoelen. Meer informatie is te vinden op www.instituutgak.nl.

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

HOOFDSTUK 1

Uitdagingen van ‘platformisering’ en ‘algoritmisering’ voor de sociale bescherming van werkenden: een inleidende beschouwing / 1

Mijke Houwerzijl, Saskia Montebovi & Nuna Zekić

- 1.1 Inleiding in de thematiek / 1
- 1.2 Back to the future? / 3
- 1.3 Platformarbeid en (de toegang tot) het sociaal recht / 4
 - 1.3.1 De kwalificatievraag bij platformarbeid / 4
 - 1.3.2 De hybride (platform)werknemer en zijn arbeidsrechtelijke bescherming / 5
 - 1.3.3 De platformwerker en zijn socialezekerheidsrechtelijke bescherming / 6
- 1.4 Platformarbeid en (de toegang tot) bescherming buiten het sociaal recht / 6
 - 1.4.1 De zelfstandige platformwerker sociaal beschermd via het privaatrecht? / 6
 - 1.4.2 Sociale bescherming van de platformwerker via het mededingingsrecht? / 7
- 1.5 Andere sociaalrechtelijke vraagstukken bij online (platform)werk / 8
 - 1.5.1 Risico's en kansen bij algoritmisch aangestuurde personeelsselectie / 8
 - 1.5.2 Risico's en kansen van plaatsonafhankelijk online (platform)werken / 9
- 1.6 Tot slot / 10

HOOFDSTUK 2

Van ‘pennetje’ naar ‘gig’: verdelingsmechanismen vroeger en nu / 13

Robert Knegt

- 2.1 Inleiding / 13
 - 2.1.1 Kluswerk en het normatief structureren van arbeidsverhoudingen / 13
 - 2.1.2 Thema's / 15
- 2.2 Verdelingskwesties en recht / 15
 - 2.2.1 Een ‘pennetje’ / 15
 - 2.2.2 Normatieve ordes en formele mechanismen / 16
- 2.3 De *tijd-ruimtelijke* organisatie van arbeid: klussen / 18
- 2.4 Identiteit en sociale positie van werkers / 20
 - 2.4.1 Identiteit en collectief verband / 20
 - 2.4.2 ‘Vrije’ en ‘onvrije’ werkers / 20
- 2.5 Allocatie van arbeid: verdelingskwesties en -mechanismen / 21
 - 2.5.1 De context van verdelingskwesties (16e-18e eeuw) / 21

- 2.5.2 Verdelingsmechanismen: de transportgilden (15e-19e eeuw) / 22
- 2.5.3 Gelijke toegang en differentiatie / 24
- 2.6 Autonomie en gezag in arbeidsverhoudingen / 26
- 2.6.1 Juridische concepten: markt en gezag / 26
- 2.6.2 Strijd rond het *Verlag*-systeem / 27
- 2.6.3 Driehoeksverhoudingen en overheidsingrijpen / 28
- 2.7 Bestaanszekerheid van werkers / 29
- 2.8 Conclusies / 30

HOOFDSTUK 3

De kwalificatie van de platformwerker: de gezagsverhouding naar een nieuw 'level'? / 35

Hanneke Bennaars

- 3.1 Inleiding / 35
- 3.2 Terminologie en afbakening / 36
- 3.3 De aard en werkwijze van het platform in de praktijk en in de rechtspraak / 37
- 3.3.1 Werkwijzen en bedrijfsmodellen van platforms / 38
- 3.3.2 Werkwijze en prikkels / 39
- 3.3.3 Jurisprudentie over de aard van (dienstverlening van) platforms / 40
- 3.4 Kwalificatie van de rechtsverhouding werker-platform / 44
- 3.4.1 Inleiding / 44
- 3.4.2 De partijbedoeling / 46
- 3.4.3 Arbeid, de verplichting om arbeid te verrichten en persoonlijke verrichting van arbeid / 48
- 3.4.4 Loon / 52
- 3.4.5 In dienst van / 53
- 3.4.6 Driehoeksverhoudingen / 55
- 3.5 Hoe verder? Beleids- en wetgevingsinitiatieven en een afronding / 56

HOOFDSTUK 4

Arbeidsrechtelijke bescherming van platformwerkers met meerdere banen / 61

Nuna Zekić

- 4.1 Inleiding / 61
- 4.2 Combinatiebanen / 62
- 4.3 Beloning van multi-jobbers / 65
- 4.4 Nevenwerkzaamheden / 68
- 4.5 Arbeidstijden / 69
- 4.5.1 Arbeidstijden bij meerdere dienstverbanden / 69
- 4.5.2 Arbeidstijden en hybride werkenden / 72
- 4.5.3 Arbeidstijden en registratie / 73
- 4.6 Platformarbeid en werk-privébalans / 75
- 4.6.1 Flexibiliteit bij platformarbeid / 76
- 4.6.2 Oproeparbeid / 77
- 4.6.3 Platformarbeid en werk-privéregelingen / 79
- 4.7 Conclusies / 81

HOOFDSTUK 5

Platformarbeid: een uitdaging voor sociale zekerheid? / 85

Paul Schoukens & Saskia Montebovi

- 5.1 Inleiding / 85
- 5.2 Situering platformwerk als uitdaging voor de sociale zekerheid / 86
- 5.3 Situering platformwerk in Nederland / 88
- 5.4 Uitdagingen en oplossingsrichtingen aan de financieringszijde van sociale zekerheid / 91
 - 5.4.1 Algemeen / 91
 - 5.4.2 Nederland / 95
- 5.5 Uitdagingen en oplossingsrichtingen aan de uitkeringszijde van sociale zekerheid / 99
 - 5.5.1 Algemeen / 99
 - 5.5.2 Nederland / 102
- 5.6 Conclusie / 106

HOOFDSTUK 6

Platformarbeid en privaatrecht / 109

Eric Tjong Tjin Tai & Jaap van Slooten

- 6.1 Inleiding / 109
- 6.2 De positie van het platform / 110
 - 6.2.1 De overeenkomst van opdracht (en lastgeving) / 111
 - 6.2.2 Bemiddeling en agentuur / 115
 - 6.2.3 Franchise / 117
 - 6.2.4 Algemeen verbintenissenrecht / 119
- 6.3 De positie van de platformwerker / 121
 - 6.3.1 Het platform als facilitator: Werkspot / 122
 - 6.3.2 Het platform als bemiddelaar: Charly Cares / 125
 - 6.3.3 Het platform als dienstverlener: Deliveroo / 127
 - 6.3.4 Tussenconclusie / 129
- 6.4 Knelpunten en vormen van bescherming / 131

HOOFDSTUK 7

Platformwerkers en het mededingingsrecht: vloek of zegen voor de sociale bescherming? / 135

Inge Graef & Jasper van den Boom

- 7.1 Inleiding / 135
- 7.2 Artikel 101 VWEU: de positie van platformwerkers en de mogelijkheid tot algoritmisch management / 136
 - 7.2.1 Het collectief onderhandelingsvermogen van platformwerkers in het licht van artikel 101 VWEU / 137
 - 7.2.2 Platforms als kartelondersteuners / 143
 - 7.2.3 Gezamenlijk gebruik van prijsalgoritmes en prijssoftware / 145

- 7.3 Artikel 102 VWEU: misbruik van machtspositie en de bescherming van platformwerkers / 147
- 7.3.1 Uitsluitingsmisbruik / 148
- 7.3.2 Discriminatie tussen platformwerkers onderling / 149
- 7.3.3 Uitbuitingsmisbruik: excessieve prijzen en oneerlijke voorwaarden / 151
- 7.3.4 Afhankelijkheid van platformwerkers en de Platform-to-Business-Verordening / 153
- 7.4 Conclusie / 156

HOOFDSTUK 8

Algoritmes en personeelsselectie / 159

Willemijn Roozendaal & Marko Jovović

- 8.1 Inleiding / 159
- 8.2 Enkele begrippen: algoritmes, machine learning / 161
- 8.2.1 Inleiding aan de hand van een voorbeeld / 161
- 8.2.2 De complexiteit van ML-algoritmes / 162
- 8.3 Gelijke behandeling / 164
- 8.3.1 Inleiding / 164
- 8.3.2 Direct en indirect onderscheid bij personeelsselectie / 164
- 8.3.3 Problemen bij een onduidelijk afwegingskader / 167
- 8.3.4 ML-algoritmes en discriminatie / 169
- 8.3.5 Objectieve rechtvaardiging en uitlegbaarheid / 171
- 8.4 De Algemene Verordening Gegevensbescherming / 173
- 8.4.1 Inleiding / 173
- 8.4.2 Het samenstellen van de dataset / 173
- 8.4.3 Het opvragen van informatie bij de sollicitant of aspirant-platformwerker / 175
- 8.4.4 ML-algoritmes en de AVG / 177
- 8.5 Meerwaarde van ML-algoritmes bij personeelsselectie / 179
- 8.5.1 Datagedreven selectie biedt kansen voor gelijke behandeling / 179
- 8.5.2 Mogelijkheden om datagedreven werving en selectie te faciliteren / 181
- 8.6 Conclusie / 182

HOOFDSTUK 9

Risico's en kansen van grenzeloos online (platform)werken / 185

Mijke Houwerzijl & Bas Rombouts

- 9.1 Inleiding / 185
- 9.2 Crowdwork in ILO-optiek / 186
- 9.2.1 Declaration for the Future of Work / 187
- 9.2.2 Studies naar crowdwork / 188
- 9.2.3 Kenmerken en motieven van crowdworkers / 189
- 9.2.4 Rechtspositie en arbeidsvoorwaarden bij crowdwork / 191
- 9.3 Crowdwork langs de meetlat van ILO-minimumnormen / 192
- 9.3.1 Vakbondsvrijheid en collectief onderhandelen / 192
- 9.3.2 Verbod op discriminatie inzake (toegang tot) werk, beloning en overige arbeidsvoorwaarden / 193

9.3.3	Verbod op kinderarbeid en dwangarbeid / 194
9.3.4	Adequate beloning / 196
9.3.5	Veilige en gezonde arbeidsomstandigheden en fatsoenlijke arbeidstijden / 197
9.4	Toekomstscenario's voor 'decent crowdwork' / 198
9.4.1	Een speciale Crowdwork-Conventie / 199
9.4.2	Crowdwork als onderdeel van internationale handels- en toeleveringsketens / 200
9.4.3	Crowdworkers als werknemers naar nationaal arbeids- en socialezekerheidsrecht / 201
9.5	Transnationaal 'hybride werken' binnen de EU / 202
9.5.1	Een fictief voorbeeld in een Europese grensregio / 203
9.5.2	Verkenning van mogelijke uitwegen uit het juridische labirint / 205
9.6	Samenvattende conclusie / 206

Bibliografie / 209

Auteursgegevens / 235

Uitdagingen van ‘platformisering’ en ‘algoritmisering’ voor de sociale bescherming van werkenden: een inleidende beschouwing

Mijke Houwerzijl, Saskia Montebovi & Nuna Zekić

1.1 Inleiding in de thematiek

Sinds (nog maar) een jaar of vijf houden Nederlandse arbeidsjuristen, werkzaam in de praktijk, wetenschap en beleid, zich bezig met nieuwe sociale rechtsvragen als gevolg van de opmars van werkplatformbedrijven. De platforms maken daarbij gebruik van geautomatiseerde algoritmes (digitale beslisformules)¹ voor het aansturen, uitvoeren, monitoren en evalueren van activiteiten. Deze platformisering en algoritmisering van arbeidsprocessen maakt deel uit van algemenere technologisch-economische ontwikkelingen, aangeduid met termen als ‘de platformrevolutie’ en ‘surveillancekapitalisme’.² Digitalisering, de hiermee gepaard gaande datarevolutie (‘big data’) en kunstmatige intelligentie (‘artificial intelligence’ oftewel ‘AI’), bieden aldus nieuwe mogelijkheden voor het gestandaardiseerd, zonder menselijke tussenkomst, bij elkaar brengen van vraag en aanbod van arbeid en de organisatorische processen om arbeid te verrichten.

De meeste aandacht (ook in dit boek) trekken online werkplatforms in de opkomende ‘on demand’-economie voor diensten als maaltijdbezorging, personenvervoer en huishoudelijke klussen. Vanuit het perspectief van de ‘veranderende wereld van werk’³ wordt in dit verband vaak gesproken over de ‘gig economy’, oftewel de kluseconomie. Het gaat hierbij om het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van klussen of taken (‘gigs’) in plaats van banen. De allocatie van werk is gedigitaliseerd, maar de uitvoering van het werk zelf gebeurt ‘offline’ op locatie. De SER heeft in 2020 een verkenning gepubliceerd over de platformeconomie en schat dat van de ca. 125 werkplatforms op de Nederlandse markt 73% actief is bij het

1 Algoritmes bestaan al lang en zijn in principe niet meer dan recepten of stappenplannen. Nieuw is vooral het gebruik van algoritmische systemen in combinatie met ‘Artificiële Intelligentie’. In de praktijk is dit gebaseerd op ‘Machine Learning’ (ML), waarbij op basis van algoritmes en grote hoeveelheden (voorbeeld)data, een computer getraind is om patronen te herkennen bij het uitvoeren van bepaalde taken. Zie Autoriteit Persoonsgegevens, 2020, p. 4.

2 Zie onder meer de op een algemeen publiek gerichte boeken van Arets 2020, Zuboff 2019. Verder: Peters 2021.

3 Zie SCP 2021.

matchen van vraag en aanbod van werk op locatie. Daarnaast zijn 33 platforms actief op het gebied van online werk. Deze – veel minder publiciteit genererende – platforms richten zich vooral op designopdrachten, softwareontwikkeling en vertaalwerk,⁴ en in mindere mate ook op de toedeling en het laten uitvoeren van vaak eenvoudige online microtaken voor een microvergoeding.⁵ Nog sluipender (althans voor de buitenwereld) voltrekt zich het toenemende gebruik van platforms en algoritmisch management in bestaande ondernemingen.⁶ Zo worden onderdelen van de bedrijfsvoering bij traditionele bedrijven soms ‘geplatformiseerd’, bijvoorbeeld bij werving en selectie en bij de (re)organisatie van taken en de aansturing van werkprocessen.⁷ Het massaal thuiswerken, sinds de coronacrisis Nederland in maart 2020 bereikte, was zonder de inzet van (interne en externe) online (communicatie)platforms ondenkbaar geweest.

Vanuit sociaalrechtelijk oogpunt is extern georganiseerde platformarbeid een nieuwe loot aan de stam van atypische werkvormen, veelal aangeboden op zzp-basis via de (vaak) wereldwijd opererende online werkplatforms. De populariteit van deze nieuwe werkvormen draagt bij aan de (al eerder ingezette) toename van het aantal werkenden zonder adequate sociale bescherming. Immers, sociaalrechtelijke beschermingsmechanismen zijn grotendeels gekoppeld aan de (voltijds en idealiter vaste) arbeidsovereenkomst. Alleen onder deze condities bieden arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke arrangementen in beginsel een toereikende werk- en inkomensbescherming. Bovendien halen zowel het werken via externe platforms als het huidige thuiswerkregime nog een ander fundament van het sociaal recht onderuit dat erg belangrijk is voor het garanderen van fatsoenlijke werkomstandigheden. Zo zijn de arbeidstijden- en omstandighedenwetgeving, de organisatie van medezeggenschap en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming namelijk geënt op het bestaan van een vaste werkomgeving buitenshuis waar werknemers elkaar treffen, samenwerken en aangestuurd worden. Kortom, de platformisering en algoritmisering dragen bij aan verdergaande flexibilisering of zelfs fragmentering in de arbeidsorganisatie. Dit noopt tot het uitdenken van een adequate sociale bescherming 4.0, waarbij de kernwaarden van de huidige sociaalrechtelijke arrangementen opnieuw breed gegarandeerd moeten kunnen worden.

Met deze bundel, die tot stand is gekomen op initiatief en met financiële ondersteuning van Instituut Gak, willen we aan dit denk- en beleidsvormingsproces een bijdrage leveren, bezien vanuit een breed juridisch perspectief. De hierboven kort geschetste arbeids- en sociaalzekerheidsrechtelijke uitdagingen zijn namelijk niet los te zien van ontwikkelingen in andere rechtsgebieden die werkenden raken. Denk aan nieuwe civielrechtelijke vraagstukken als gevolg van moeilijke gegevensvergaring bij platforms en wegens het soms onduidelijke onderscheid tussen hobbyisme, (klein)ondernemerschap en het werken als oproepkracht.

4 SER 2020, p. 9, 45–47. Voor een actueel overzicht van digitale werkplatforms voor zowel offline ‘gigwork’ als online ‘crowdwork’, die actief zijn op de Nederlandse markt, zie: www.platformwerk.nl.

5 SER 2020, p. 53–54. Grote platforms die dergelijk onzichtbaar menselijk ‘digitaal stukwerk’ achter de schermen van de platformeconomie faciliteren, zijn bijvoorbeeld ‘crowdwork’-platforms als Amazon Mechanical Turk (AMT), Crowdfunder en het in Duitsland gevestigde Clickwork. Zie over de werkwijze van AMT reeds Felstiner 2011.

6 Zie hierover SER 2020, p. 48–52; Kloostera 2020 en de daar aangehaalde internationale literatuur.

7 SER 2020, p. 63–65.

Denk ook aan mededingingsrechtelijke obstakels voor collectieve arbeidsvoorwaarden-onderhandelingen (ten behoeve) van platformwerkers; aan uitspraken van het Europese Hof van Justitie en internationale initiatieven om nieuwe, atypische vormen van werk in goede banen te leiden. We vonden het dan ook zinvol de thematiek te benaderen vanuit een breder juridisch kader dan het sociaal recht alleen. En alhoewel het Nederlandse recht in deze bundel het centrale normatieve kader vormt, komen in de meeste hoofdstukken ook Europeesrechtelijke ontwikkelingen aan bod en worden soms ook buitenlandse voorbeelden en internationaalrechtelijke dimensies aangestipt.

De hierna volgende acht hoofdstukken zijn geschreven door dertien juristen, grotendeels afkomstig uit de academische wereld maar deels ook (mede) in de rechtspraktijk werkzaam. Afgezien van hoofdstuk 2, dat vanuit historisch en rechtssociologisch perspectief inspiratie biedt voor het organiseren van sociale bescherming in veranderende technische en maatschappelijke werkomstandigheden, belichten alle hoofdstukken vanuit een ander juridisch perspectief verscheidene⁸ uitdagingen op het gebied van sociale bescherming bij platformisering van werk en het gebruik van algoritmes. Gezamenlijk bieden de hoofdstukken een synthese van actuele juridische kennis en beargumenteerde visies op de rechtsontwikkeling tot op heden, de aanvaardbaarheid hiervan en op mogelijkheden tot verbetering in de toekomst. De algehele ondertoon van dit rijkgeschakeerde palet aan inzichten is dat er meer samenhang en synergie nodig is tussen rechtsgebieden om in de veranderende wereld van werk adequate sociale bescherming te kunnen bieden. Als 'appetizer' volgt hieronder een samenvattende karakterisering per bijdrage.

1.2 Back to the future?

Dat kluswerk geen nieuw fenomeen is, laat **Robert Knecht** zien aan de hand van een overzicht over vier eeuwen arbeid in *hoofdstuk 2*. Knecht zet uiteen welke vroegere vormen van werk vergelijkbaar zijn met platformwerk, door hun 'kluskarakter' of door de wijze waarop het werk toebedeeld werd. Daarbij zoekt en verklaart hij de normatieve inkadering van toen en legt de relatie met het gebruik van algoritmes nu. Het hoofdstuk verruimt onze blik op de huidige kwesties rondom kluswerk. Het 'vaste contract' met de bescherming in arbeidsrecht en sociale zekerheid blijkt in feite pas ongeveer zestig jaar oud. Daarentegen waren in West-Europa loonarbeid én kluswerk én zelfs de publieke regels daaromtrent al bekend vanaf de 12e eeuw. Naast de verschillen met de huidige wereld van werk, laten de overeenkomsten zien hoe transacties 'over werk' of 'op de markt' nood hebben aan bepaalde normatieve kaders (de handslag en het contract) en instrumenten (geijekte weegschalen en websites). De analyse van Knecht is opgebouwd rond het 'pennetje'. Dat instrument uit de 16e en 17e eeuw (en tevens synoniem voor het woord 'klus') blijkt een vernuftig systeem in zich te dragen dat in deze vroegere tijden heeft bijgedragen aan een objectieve, eerlijke en solidaire verdeling van het werk.

Aan de hand van vijf thema's legt Knecht telkens de link tussen klusarbeid toen en nu. Deze thema's zijn: de tijd-ruimtelijke organisatie, de identiteit en sociale positie van werkers, de

8 Een volledig beeld is daarbij al vanaf het begin van dit boekproject niet beoogd, gelet op de snelle technologische en maatschappelijke ontwikkelingen.

allocatie van werk, de autonomie van werkers en de bestaanszekerheid van werkers. Het belangrijkste verschil tussen de verdeling van arbeid toen en nu ligt, volgens de auteur, in het wegvallen van de lokale context met eigen rechtsorde en mores (zoals de stad en de gildes). Nu overheersen commerciële belangen in de private ruimte van de platforms en valt de notie 'burgerschap' weg. Burgerschap was echter essentieel op de markt van arbeid van destijds, omdat het gelijkheid en collectiviteit bewaakte en arbeid efficiënt verdeelde op een rechtvaardige manier. Tegenwoordig is de kluswerker daarentegen een op zijn eigen kracht teruggeworpen individu, met weinig tot geen zeggenschap over zijn arbeidsvoorwaarden. Hij mist dat 'burgerschap' en is daarom overgeleverd aan de commerciële efficiëntie en de harde marktprincipes van (de huidige vormen van) platformarbeid.

1.3 Platformarbeid en (de toegang tot) het sociaal recht

1.3.1 De kwalificatievraag bij platformarbeid

De meest gestelde vraag in de arbeidsrechtelijke literatuur over platformwerk betreft de kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst tussen het werkplatform en de platformwerker. Dit heeft te maken met de alom bekende functie van de arbeidsovereenkomst als het entreebiljet voor zowel arbeidsrechtelijke en (hiervan afgeleide) socialezekerheidsrechtelijke bescherming. Het is derhalve cruciaal om vast te stellen of platformwerkers kunnen kwalificeren als werknemer, waardoor zij (in ieder geval) tijdens de uitvoering van hun werk een arbeidsovereenkomst zouden hebben met het platform, of dat zij toch (veelal) opdrachtnemers zijn en dus platformwerk verrichten op basis van een opdrachtovereenkomst. In *hoofdstuk 3* behandelt **Hanneke Bennaars** diepgaand de actuele stand van zaken omtrent deze kwestie.

Zoals de auteur uiteenzet, is het onderscheid tussen werknemers en opdrachtnemers al langer problematisch, maar bij platformarbeid speelt dit in extremere mate. Werkplatforms kunnen de voorwaarden waaronder wordt gecontracteerd veelal eenzijdig opstellen en wel op zo'n manier dat ze wijzen in de richting van een opdrachtovereenkomst. Tegelijkertijd bestaan er grote verschillen tussen de verschillende platforms. Tegen deze achtergrond gaat Bennaars na of de huidige criteria voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst en de driehoeksverhoudingen in het arbeidsrecht wel zijn toegesneden op de praktijk van platforms. Uit haar uitgebreide analyse blijkt dat het kwalificatievraagstuk een 'moving target' is. In veel landen en bij het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt inmiddels geprocedeerd over de vraag of een platformwerker werknemer, opdrachtnemer of een tussencategorie is. Ook in Nederland is hierover de nodige rechtspraak verschenen en er zit meer jurisprudentie in de pijplijn. Bennaars signaleert verder dat de Europese en Nederlandse beleidsmakers ook niet stilzitten en bespreekt een aantal (soms alweer terzijde gelegde) beleidsideeën, waaronder de vraag of een rechtsvermoeden van werknemerschap bij platformarbeid het overwegen waard is en of de Waadi op sommige driehoeksverhoudingen bij platformarbeid van toepassing zou moeten zijn.

Volgens de auteur volstaat de definitie in art. 7:610 BW nog steeds om te bepalen of sprake is van een arbeidsovereenkomst, zeker indien de rechter in zijn beoordeling de nieuwe manieren betreft waarop platforms invloed uitoefenen op het gedrag van de werkers. Zij

constateert dat de algoritmische mix van 'ratings', 'gamification' en 'nudging'-technieken misschien nog wel effectiever is dan de klassieke motivatieprikkels en instructiebevoegdheden van werkgevers. Juist het aanpasbare, open karakter van het gezagscriterium uit de definitie van de arbeidsovereenkomst maakt het mogelijk rekening te houden met de specifieke werkwijze en bedrijfsmodellen van platforms. Ook in het verleden is gebleken dat het label 'arbeidsovereenkomst' past bij vele soorten arbeid, waarbij op heel verschillende wijze de gezag- en instructiebevoegdheid wordt ingevuld. Het feit dat we nog met de definitie uit de voeten kunnen, wil echter niet zeggen dat we moeten stoppen met het verkennen van de mogelijkheden om tot meer contractneutrale arbeidsrechtelijke bescherming te komen, aldus Bennaars.

1.3.2 De hybride (platform)werknemer en zijn arbeidsrechtelijke bescherming

Behalve de onduidelijke status van de platformwerker is ook de omvang van het werk een uitdaging voor het bieden van adequate sociale bescherming. Platformarbeid vindt grotendeels plaats in deeltijd. Dit betekent dat platformwerkers veel vaker dan andere werkenden, de arbeid via (een) platform(s) met andere werkzaamheden combineren. Dit kan zowel in loondienst zijn en als zelfstandige. Tegen deze achtergrond, gaat **Nuna Zekić** in *hoofdstuk 4* in op (het gebrek aan) de arbeidsrechtelijke bescherming van platformwerkers met meerdere banen (zogenoemde multi-jobbers). Aan de hand van enkele thema's illustreert Zekić risico's en belemmeringen en legt ze ook de lacunes in de huidige Nederlandse wetgeving bloot. Multi-jobbers ervaren namelijk baanstapelrisico's en worden daarbij meestal (nog) niet gesteund door het arbeidsrecht.

Zelfs als een platformwerker een arbeidsovereenkomst heeft met één of meerdere platforms, is nog niet duidelijk hoe omgegaan moet worden met bijvoorbeeld het recht op een wettelijk minimumloon, nevenwerkzaamheden of de arbeidstijdenwetgeving. Het feit dat Nederland nog steeds geen wettelijk minimumuurloon kent, maar enkel een minimummaandloon, valt voor kleine parttimers, sommige flexwerkers en platformwerkers regelmatig financieel negatief uit. Bovendien moeten platformwerkers vaak een deel van hun loon afdragen aan het werkplatform, hetgeen op gespannen voet staat met de Waadi. Nevenwerkzaamheden worden in Nederland via individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten geregeld, maar missen een wettelijke regeling. Voor platformwerkers kan dit funest zijn als ze naast hun beperkte platformwerkzaamheden geen gelijkaardige taken mogen ondernemen. Zekić wijst hierbij op het conflict met de vrijheid van ondernemerschap en de spanning met grondrechten. En ook wat de Arbeidstijdenwet betreft, lopen platformwerkers met meerdere banen tegen grenzen aan. Zo blijkt deze wet de arbeidstijd te maximeren per werknemer en niet per dienstverband en geldt de wet niet voor zelfstandigen. Het stapelen van banen past moeilijk in die wetgeving omdat de afzonderlijke werkgevers geen (goed) zicht (willen of kunnen) hebben op de totale werktijden van de platformwerker. De informatieplicht van de platformwerknemer om zijn werkgever(s) op de hoogte te brengen van zijn werkuren en arbeidspatroon, wordt in de praktijk niet zo nageleefd. Uit zowel Nederlandse als Europese rechtspraak kan worden afgeleid dat de kaders op veel punten nog niet helder zijn wat betreft platformwerk. Het laatste thema van hoofdstuk 4 is gewijd aan de werk-privébalans bij platformarbeid. Aan de hand van flexibiliteit, oproeparbeid en verlofregelingen, toont Zekić aan dat van platformwerkers veel flexibiliteit verwacht

wordt, niet alleen in hun arbeidspatroon, maar ook in het accepteren van knelpunten in wet- en regelgeving.

1.3.3 *De platformwerker en zijn socialezekerheidsrechtelijke bescherming*

Het socialezekerheidsrecht is – meer dan het arbeidsrecht – vertrouwd met (de discussie over) de inhoudelijke invulling van sociale bescherming voor andere beroepsgroepen dan werknemers, zo blijkt uit de bijdrage van **Paul Schoukens** en **Saskia Montebovi** in hoofdstuk 5. Toch brengt het aanbieden van werk via digitale platforms ook uitdagingen met zich voor socialezekerheidsstelsels. Bestaande toepassingsproblemen die men ervaart bij zelfstandigen of werknemers in het algemeen, worden doorgaans uitvergroot in het geval van de platformwerker. Het ontbreken van een vaste arbeidsrelatie met één werkgever leidt tot de nodige toepassingsproblemen in zowel de financiering (premieheffing) als bij de toekenning van uitkeringen. Zo wordt ook in dit hoofdstuk het combineren van (kleine) activiteiten als een probleem aangestipt, maar dan vanuit het socialezekerheidsrecht bezien: multi-jobbers kunnen (deels) verzekerd zijn in verschillende stelsels, waardoor het gevaar dreigt van opgedeelde loopbanen die elk op zich te beperkt zijn om tot een volwaardige dekking te komen.

De auteurs zoomen in op een aantal van de hierboven genoemde uitdagingen, zowel vanuit algemeen en Europees perspectief als specifiek voor Nederland, en bespreken tevens de mogelijke oplossingsrichtingen. Daarmee werken ze toe naar een antwoord op de vraag hoe platformarbeid op de best mogelijke wijze geïntegreerd kan worden in onze bestaande sociale zekerheid. Vertrekkend vanuit de veronderstelling dat een evenwicht bereikt moet worden tussen gelijkwaardige bescherming voor alle werkenden en het garanderen van een aangepaste bescherming in lijn met de eigenheid van elke beroepsgroep waar nodig, pleiten Schoukens en Montebovi voor arbeidsvormneutrale basisregelingen. Daarbij is van belang dat dergelijke wetgeving ook grensoverschrijdend adequaat toegepast moet kunnen worden, aangezien de platforms en ook een deel van de platformwerkers zelf geen fysieke binding met één nationale entiteit hebben. Dit vraagt onder andere om een vorm van harmonisering van de fiscale regels.

Het einddoel moet zijn een inclusief en duurzaam sociaal stelsel dat voldoende gevoed wordt door sociale bijdragen.

1.4 **Platformarbeid en (de toegang tot) bescherming buiten het sociaal recht**

1.4.1 *De zelfstandige platformwerker sociaal beschermd via het privaatrecht?*

Vanuit de hypothese dat de relatie tussen de platformwerker en het platform niet als arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW zou kwalificeren, hebben **Eric Tjong Tjin Tai** en **Jaap van Slooten** in hoofdstuk 6 van deze bundel het beschermingsniveau van de zelfstandige platformwerker geanalyseerd. Zij maken daarbij onderscheid tussen drie typen platforms: a) het platform als passieve facilitator van het contact tussen de platformwerker en de afnemer, b) het platform als actieve bemiddelaar tussen de platformwerker en de

afnemer, en c) het platform als dienstenaanbieder, waarbij het grotendeels de vorm en inhoud van de dienst bepaalt.

Aan de hand van deze typering worden eerst de regels van het verbintenissenrecht nagelopen om te bepalen wat de positie is van het platform. Geconstateerd wordt dat de regels die gelden bij verschillende contractvormen, zoals opdracht en lastgeving, franchise en agentschap, weinig betekenis lijken te hebben voor platforms: de problemen waar die regels voor bedoeld zijn, doen zich bij platformarbeid in feite nauwelijks voor (zoals nalatigheid loon te betalen). Ook de leerstukken uit het algemeen verbintenissenrecht, zoals informatieplichten en toetsing van algemene voorwaarden, bieden weinig relevants. De auteurs signaleren wel enkele leerstukken die een basis zouden kunnen bieden voor het stellen van hogere eisen aan het handelen van het platform. Hierbij kan gedacht worden aan normen die strekken tot bescherming tegen misbruik door het platform, waaronder de norm van professionele zorgvuldigheid die ten grondslag ligt aan de EU-richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken.

In de tweede plaats wordt het beschermingsniveau van de zelfstandige platformwerker bij de drie onderscheiden typen platforms in kaart gebracht en vergeleken. De auteurs constateren een verband tussen de hoeveelheid controle die een platform uitoefent en de mate van bescherming van de werkers; platformwerkers bij platformtype c (de dienstverlener) genieten op grond van het huidige recht meer bescherming dan de werkers bij platformtype a. De werkers bij type b zitten daartussenin. Vijf punten verdienen volgens de auteurs de aandacht bij de bescherming van platformwerkers tegenover het platform. Ten eerste, de courtage (in het bijzonder latere verhoging daarvan) en het volume aan opdrachten. Ten tweede, de macht van het platform om de overeenkomst te wijzigen. Ten derde, de discretionaire bevoegdheid van het platform om de overeenkomst op te zeggen. Ten vierde, de aansprakelijkheid voor ongevallen van platformwerkers. En tot slot, de controle op de kwaliteit en betrouwbaarheid van de deelnemers. In het verlengde hiervan ligt de onduidelijkheid over wie aansprakelijk is bij schade als gevolg van ongevallen.

Tjong Tjin Tai en Van Slooten concluderen dat (de mate van) bescherming bij zelfstandige platformarbeid uiteindelijk afhankelijk is van de vraag wat een platform nu eigenlijk is: een aanbieder van een dienst of een bemiddelaar? Volgens hen lijkt het platform vaak en een dienst én een bemiddelaar te zijn. Door middel van rechtsvinding zal vastgesteld moeten worden wat bepalend is.

1.4.2 Sociale bescherming van de platformwerker via het mededingingsrecht?

Het mededingingsrecht staat onder arbeidsjuristen en betrokkenen bij sociaal beleid te boek als een moeilijk te nemen hobbel als het gaat om het toekennen van collectieve onderhandelingsvrijheid aan zelfstandigen. Zelfs bij zogenoemde schijnzelfstandigheid is voorzichtigheid troef, nu dit begrip afkomstig is uit een EU-rechtelijke uitspraak op de grens van het mededingings- en het arbeidsrecht en de inpassing in het nationaal (arbeids)-rechtelijk kader geen sinecure is. In *hoofdstuk 7* bevestigen **Inge Graef** en **Jasper van den Boom** enerzijds deze belemmerende werking van het mededingingsrecht voor zelfstandige (platform)werkers, terwijl zij anderzijds ook inzicht bieden in de mogelijkheden om via

het mededingingsrecht platformwerkers beter te beschermen tegen de druk die platforms kunnen uitoefenen. De vaak multinationalaal opererende online werkplatforms genieten een asymmetrische onderhandelingspositie ten opzichte van de zwakkere platformwerker, waaraan het mededingingsrecht grenzen kan stellen.

Wat betreft de belemmerende werking van het mededingingsrecht voor sociale bescherming, gaan de auteurs in op zowel initiatieven op Europees niveau als op lidstaatsniveau om platformwerkers mogelijkheden tot collectief onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden te bieden. Volgens hen verdient het aanbeveling om op Europees en/of nationaal niveau de positie van de semizelfstandige (platform)werker te verbeteren door duidelijke kaders in te stellen. Dit zou leiden tot aanzienlijk meer rechtszekerheid dan het vertrouwen op principes uit de rechtspraak. Als mogelijkheden noemen de auteurs ingrepen zoals groepsvrijstellingen, prijsregulering of het introduceren van basisrechten, waarbij zij het recht op non-discriminatie na het niet aannemen van een klus noemen en het recht op dataportabiliteit om met dezelfde reputatie bij een concurrerend platform aan de slag te gaan.

Voor het verbeteren van de positie van (echt) zelfstandig opererende platformwerkers ten opzichte van het platform, wijzen de auteurs onder meer op wegen om met behulp van het verbod op prijscoördinatie in het mededingingsrecht in bepaalde omstandigheden af te dwingen dat platforms afzien van het centraal opleggen van tarieven. In dit kader gaan zij ook in op het gebruik van prijsalgoritmes. Hierdoor kunnen binnen platforms zonder menselijke handelingen de prijzen op elkaar afgesteld worden. De auteurs behandelen in dit verband de vraag of de afstemming tussen prijsalgoritmes als een kartel beschouwd moet worden. Ook gaan zij in op de eventuele mogelijkheid om het opleggen van excessieve prijzen (bijvoorbeeld in de vorm van hoge commissies voor Uber-chauffeurs) te bestrijden door dit als een vorm van uitbuitingsmisbruik in het mededingingsrecht aan te merken. De auteurs opperen dat het in wet en avv-cao's neergelegde minimumloonniveau mogelijk gebruikt kan worden voor het toetsen van de redelijkheid van de commissies. Het lijkt hen niet onredelijk dit als indicator te gebruiken wanneer platformwerkers vergelijkbare activiteiten uitvoeren als werknemers over eenzelfde tijdsspanne. Daarmee kan het mededingingsrecht ingezet worden om de sociale bescherming van platformwerkers te waarborgen, nu (en zo lang als) er geen eenduidige oplossing is voor hun positie onder het arbeidsrecht. Met deze en andere gezichtspunten, laten Graef en Van den Boom zien dat een betere synergie tussen het arbeids- en mededingingsrecht potentieel binnen handbereik ligt op een wijze die de sociale bescherming van platformwerkers bevordert.

1.5 Andere sociaalrechtelijke vraagstukken bij online (platform)werk

1.5.1 *Risico's en kansen bij algoritmisch aangestuurde personeelsselectie*

Of de platforms nu als werkgever, opdrachtgever of bemiddelaar zijn te kwalificeren, de meeste van hen werken met 'slimme algoritmes', bijvoorbeeld om het werk te verdelen of de prijs van een dienst te bepalen. Voor de gebruikers (zoals platformwerkers, consumenten en andere gebruikers en afnemers) is het belangrijk dat het gebruik van deze *machine learning* algoritmes op een passende wijze is gereguleerd. **Willemijn Roozendaal** en **Marko Jovović** gaan in hoofdstuk 8 na aan welke normen uit het gelijkebehandelingsrecht

en gegevensbeschermingsrecht platformondernemingen én traditionele werkgevers zich moeten houden wanneer ze dergelijke algoritmes willen gebruiken bij beslissingen van grote betekenis, zoals bij de selectie van personeel.

Er blijken zich belangrijke problemen te kunnen voordoen. De keuzes die door machine learning (ML) algoritmes worden gemaakt, zijn vaak complex en daardoor moeilijk uit te leggen. Het gegevensverwerkingsrecht vereist echter in beginsel dat voorafgaand aan de bewerking wordt aangetoond welke van de daarvoor gebruikte persoonsgegevens relevant zijn voor de selectieprocedure en waarom. Ook volgens het gelijkebehandelingsrecht moet – bij een vermoeden van discriminatie – worden gerechtvaardigd wat de selectiecriteria zijn en hoe deze zich tot elkaar verhouden. In het gelijkebehandelingsrecht en het gegevensverwerkingsrecht worden voorts variabelen aangewezen, die in het geheel niet gebruikt mogen worden. Daarenboven stelt het gegevensverwerkingsrecht de eis dat de hele procedure en de uitkomst ervan, inclusief het gewicht van de gebruikte variabelen, op transparante en begrijpelijke wijze moet kunnen worden uitgelegd aan kandidaten.

De auteurs behandelen enerzijds deze belangrijke drempels voor de inzet van algoritmes, maar zij onderzoeken ook welke meerwaarde algoritmes zouden kunnen hebben en welke maatregelen genomen moeten worden om de meerwaarde te kunnen benutten. Die meerwaarde zien Roozendaal en Jovović met name als *machine learning* algoritmes zo (kunnen) worden ingezet dat ze discriminatie bij selectie bestrijden, bijvoorbeeld door effectief te zoeken naar selectiecriteria die zowel goede kandidaten opleveren, als een evenredigere spreiding garanderen over verschillende groepen. Op deze wijze zou de algoritmisering van personeelsselectie in potentie kunnen bijdragen aan een inclusieve arbeidsmarkt. Dit zal echter robuuste veranderingen in het gelijkebehandelingsrecht en het gegevensbeschermingsrecht vergen, aangezien deze twee rechtsgebieden momenteel nog aanzienlijke obstakels opwerpen voor een dergelijke selectieprocedure.

1.5.2 Risico's en kansen van plaatsonafhankelijk online (platform)werken

Tot besluit van deze bundel worden een aantal sociaalrechtelijke aspecten van plaatsonafhankelijke vormen van digitaal (platform)werk onder de loep genomen. Zowel bij online werkplatforms waarbij de allocatie en het werk zelf zijn gedigitaliseerd (aangeduid als 'crowdwork'), alsook bij het grootschalige telewerken vanuit huis sinds de aanvang van de coronacrisis, valt de 'woon-werkafstand' weg, waardoor in potentie de wereld ons werkterrein wordt. In *hoofdstuk 9* gaan **Mijke Houwerzijl** en **Bas Rombouts** in op uitdagingen die kleven aan dergelijke vormen van digitaal (platform)werken in transnationaal verband. Het grootste deel van het hoofdstuk is gewijd aan het, in verhouding tot locatiegebonden platformwerk, nog onderbelichte fenomeen crowdwork. Gelet op de wereldwijde reikwijdte ervan, behandelen de auteurs dit voornamelijk vanuit het perspectief van de Internationale Arbeidsorganisatie (*International Labour Organisation* (ILO)).

Uit ILO-studies blijkt dat crowdwork kansen voor werkgelegenheid in afgelegen of onderontwikkelde gebieden oplevert. Tegelijkertijd kleven er ook een flink aantal uitdagingen aan het garanderen van eerlijk en fatsoenlijk werk voor crowdworkers, zeker in ontwikkelingslanden. Dat laten de auteurs zien door crowdwork langs de meetlat van de fundamentele

ILO-Conventies te leggen. Vervolgens schetsen zij tentatief een aantal opties om decent crowdwork te bevorderen. Een daarvan kan op termijn ook afnemers van crowdwork in landen als Nederland gaan raken. In Nederland gevestigde ondernemingen worden immers in toenemende mate aangesproken op de verduurzaming van hun internationale handels- en toeleveringsketens. Vooralsnog dienen zij schendingen van arbeidsnormen in buitenlandse schakels van deze ketens vooral op basis van ‘soft law’ te inventariseren en aan te pakken, maar zoals het zich laat aanzien zal dit in de nabije toekomst een wettelijke verplichting worden. Als een deel van de internationale keten diensten of producten omvat die gemaakt worden met behulp van crowdworkers, kan de in acht te nemen ‘due diligence’ zich uitstrekken tot ‘decent work’ voor deze digitale werkers in het (verre) buitenland. Afhankelijk van de precieze inhoud en het politieke lot van de recente Europese en nationale initiatieven op dit vlak, kan online werken aan de andere kant van de aardbol daarmee binnen het spectrum van het Nederlandse (sociaal) recht terechtkomen.

Dichter voor de deur staan de potentiële gevolgen voor werkgevers als er na afloop van de coronamaatregelen een blijvende situatie van (deels) digitaal thuiswerken wordt geïstitutionaliseerd, ook voor grensarbeiders. Alhoewel hierdoor een aantal praktische belemmeringen voor een loopbaan over de Europese landsgrenzen heen wegvallen, lijkt het vanuit werkgeversperspectief onverstandig om ‘grenzeloos’ hybride werken aan te moedigen: zodra dit enige omvang krijgt, zijn de implicaties voor (de voorspelbaarheid van) het toepasselijke sociale recht en dus voor de arbeidskosten en administratieve lasten (te) verstrekkend. De auteurs illustreren dit aan de hand van een voorbeeld, dat ook het voorland zou kunnen zijn voor crowdworkplatforms, als deze in de toekomst aan sociaalrechtelijke wetgeving gebonden zouden raken.

Kortom, Houwerzijl en Rombouts laten zien dat het bepaald geen sinecure is om de opmars van virtuele vormen van transnationale arbeidsmobiliteit in tegelijkertijd hanteerbare en sociaaljuridisch rechtvaardige banen te leiden. Juridische interventies op meerdere niveaus zijn nodig om de transnationale dilemma’s te adresseren van (crowd)arbeid in de digitaliserende (platform)economie.

1.6 Tot slot

Brynjolfsson en McAfee laten in hun boek *The Second Machine Age* zien dat de exponentiële groei van technologische mogelijkheden lange tijd tamelijk onzichtbaar kan blijven, totdat het punt van explosie nadert.⁹ Een dergelijk momentum heeft zich onmiskenbaar voorgedaan tijdens de looptijd van het project waarvan deze bundel het resultaat is. De massale thuiswerkoperatie die ad hoc werd ingezet om de coronapandemie te beteugelen, bracht bestaande technologische trends in ‘de wereld van het werk’ in een (nog) hogere stroomversnelling. In dit boek wordt hieraan weliswaar op meerdere plaatsen gerefereerd, maar voor een systematische analyse van de nieuwe ontwikkelingen ten gevolge van de coronacrisis was het nog te vroeg.¹⁰

⁹ Zie Brynjolfsson & McAfee 2014.

¹⁰ Zie o.a. Peters 2021 voor een puntig overzicht van nieuwe vraagstukken op het gebied van arbeidstijden en -omstandigheden.

De door de coronacrisis vertraagde afronding van deze bundel, heeft ons daarentegen wel in staat gesteld de (rechts)ontwikkelingen op het gebied van sociale bescherming bij platformarbeid over een langere periode te volgen en te boekstaven. Sinds de start van ons onderzoeksproject zijn de geesten duidelijk rijper geworden voor het aanpakken van sociaalrechtelijke gebreken die kleven aan platformarbeid.¹¹ Zelfs bij werkplatforms die lang wegkeken van deze problematiek, lijkt het besef door te dringen dat er iets moet gebeuren. Vlak voor de afronding van dit boek stemde Uber in het Verenigd Koninkrijk in met de vertegenwoordiging van zijn chauffeurs door een grote Britse vakbond (GMB).¹² Hieraan vooraf ging een langdurige juridische strijd en de nodige maatschappelijke druk.¹³ Alhoewel het nog afwachten is waar de onderhandelingen tussen het werkplatform en de vakbond daadwerkelijk toe leiden, zet een van de gezichtsbepalende ondernemingen in de platformeconomie dan toch een belangrijke eerste stap naar (acceptatie van) collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.

Dit voorbeeld bevestigt dat ook anno 2021 'the crucial element in the making of labour law is *power*'.¹⁴ Tevens toont het voorbeeld aan dat (verbetering van) sociale bescherming bij platformisering en algoritmisering van werkprocessen niet per definitie actie van de wetgever verlangt. Is het creatiever en effectiever inzetten van bestaande sociaalrechtelijke arrangementen voldoende, of moeten we (daarnaast) nieuwe regels introduceren? Deze vraag loopt als een rode draad door de hiernavolgende hoofdstukken.

11 Dat als gevolg van de coronacrisis vele zzp- en flexwerkers opeens collectief moesten aankloppen bij de overheid voor sociale bijstand, heeft zeker aan dit kantelende perspectief bijgedragen.

12 Zie <https://www.theguardian.com/business/2021/may/26/uber-agrees-historic-deal-allowing-drivers-to-join-gmb-union>.

13 Zie <https://www.theguardian.com/business/2021/mar/17/courts-close-in-on-gig-economy-firms-globally-as-workers-seek-rights>.

14 Hepple (ed.) 1986, p. 4.

Van ‘pennetje’ naar ‘gig’: verdelingsmechanismen vroeger en nu

Robert Knegt

2.1 Inleiding

2.1.1 *Kluswerk en het normatief structureren van arbeidsverhoudingen*

De opkomst van ‘klus- en klikwerk’ verandert de arbeidsverhoudingen. In discussies daarover wordt soms een beeld opgeroepen van een wereld in verval: waar eens vaste arbeidsrelaties de boventoon voerden, dreigt nu alles te vervloeien tot een ongereguleerde opeenvolging van *gigs*. Is dat beeld juist? In hoeverre waren er in het verleden ook klusjes en ‘algoritmes’ voor het verdelen daarvan? In deze bijdrage zal ik het perspectief tot vier eeuwen verbreden en laten zien dat daarmee onze blik op huidige kwesties rondom kluswerk kan worden verruimd.

De centrale *vraag* in deze bijdrage is: welke vroegere vormen van werk zijn vergelijkbaar met platformwerk, hetzij door hun ‘klus’-karakter, hetzij doordat gebruik werd gemaakt van min of meer geobjectiveerde mechanismen voor de toedeling van werk? Hoe werden die vormen van werk normatief ingekaderd en wat kunnen we daarvan leren voor de inkadering van huidig platformwerk en van het gebruik van algoritmes?

Het beeld van een wereld die in klusjes uiteen zou vallen, contrasteert huidige ontwikkelingen met relatief ‘vaste’ arbeidsverhoudingen vroeger. We moeten ons echter realiseren dat – voor zover dit beeld al klopt – deze vaste verhoudingen, historisch gezien, eigenlijk vrij uitzonderlijk zijn geweest. Dat zogenoemde ‘vaste contract’ met de bescherming en sociale zekerheid die eraan was opgehangen – in de tijd van mijn grootouders bestond dat nog niet. Het is pas een jaar of zestig geleden dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de norm is geworden.¹ Dat mag voor velen al lang geleden lijken, maar het beeld wordt anders als we huidige ontwikkelingen relateren aan de veel ruimere periode van vier millennia waarover we iets weten van de regulering van arbeidsverhoudingen. Stelt men zich die periode even voor als een dag van 24 uur, dan zijn we met die vergelijking met het ‘vaste’ contract bezig binnen het laatste kwartiertje van die dag, en negeren we wat eraan voorafging.

¹ Castel 1995, p. 632.

Nemen we een ruimere periode, dan kan zowel op continuïteit als op grote verschillen worden gewezen. *Continuïteit* is er, veel meer dan vaak wordt gedacht, in een voortdurend streven naar beheersing van met de arbeid verbonden risico's, zoals de gevolgen van arbeidsongeschiktheid of van eenzijdige beëindiging van de arbeidsverhouding. Het besef van die continuïteit lijkt verloren te zijn gegaan: wie tegenwoordig een arbeidsrechtelijk handboek opent, krijgt soms de indruk dat er vóór de Industriële Revolutie helemaal geen loonarbeid zou zijn geweest. Toch bestaan loonarbeid én kluswerk én publieke regels daaromtrent in West-Europa al tenminste sinds de 12^e eeuw (van vóór die tijd zijn er nu eenmaal nauwelijks schriftelijke bronnen) en was al in de 14^e eeuw, althans in Engeland en Vlaanderen, de meerderheid van de arbeid loonarbeid.² Maar er zijn in de loop van de tijd ook aanzienlijke *verschillen* te constateren, in de wijze van produceren natuurlijk, maar vooral ook in de institutionele, normatieve kaders waarbinnen die arbeidsverhoudingen tot stand kwamen en in de wijze waarop arbeidsverhoudingen werden 'beleefd'.

Die normatieve kaders hebben een groot praktisch belang: zodra arbeidsverhoudingen maar een beetje bestendigheid hebben, genereren ze normativiteit. Dat speelt al op de korte termijn: als ik als boer iemand tewerkstel om mijn graan te oogsten, wil ik niet dat hij na een half uur weer wegloopt, dus zal hij zich op de een of andere manier aan het voltooien van de klus moeten committeren en moet het voldoende duidelijk zijn wat de consequenties zullen zijn als hij toch zou weglopen. En omgekeerd wil de oogsthuur weten wat de consequenties horen te zijn als de boer hem al na een half uur zou wegsturen.

Overall waar (samen)gewerkt wordt, zijn coördinatie- en verdelingskwesties aan de orde van de dag: wie krijgt welke taken, wie krijgt welke zeggenschap over welk aspect van het produceren en over het product daarvan, wie draagt welk risico van een gebrek aan grondstoffen, kapotte apparaten of arbeidsongeschiktheid van de werker, wat is het tijds-perspectief van de samenwerking en wat behoren de gevolgen te zijn als een opdrachtgever of werker voortijdig afhaakt? Daarom gaat werk, zodra het iets meer dan vluchtig is, altijd gepaard met het *normatief structureren* van verhoudingen: vanuit een streven naar *stabilisering* van condities in de tijd (een *toewijzing* van taken en verantwoordelijkheden, een *commitment* voor vanmiddag, morgen, komende week, enz.) en naar *legitimering* van de condities van het samenwerken (wie heeft waarom zeggenschap over het werk, hoe worden risico's die voortvloeien uit ongelijke posities gecompenseerd?).

Transacties over werk of op de markt vergen steeds een basis van gemeenschappelijkheid die regels en institutionele arrangementen omvat (de gelijkheid van burgerschap, de openbaarheid van de markt) en waar technologie bij hoort: *apparaten* zoals geijkte weegschalen, marktklokken, prikklokken of websites, maar ook *juridische conventies* zoals de handslag of het contract bij een transactie op de markt, de 'Godspenning' bij het aangaan van een dienstverband of het afvinken van een vakje op een website. De vormgeving is variabel en hangt samen met een complex van factoren die ik niet alle kan belichten. Net zoals apparaten eerst moeten worden uitgevonden en ontwikkeld voordat ze hun rol kunnen spelen in sociale praktijken, zo ook is de *beschikbaarheid* van normatieve (juridische) modellen, die

2 Dyer 2005, p. 220.

creatief kunnen worden gemobiliseerd om (arbeids)verhoudingen te structureren, een belangrijke factor in dit geheel.

2.1.2 Thema's

Bij het nagaan van punten van vergelijkbaarheid tussen vroeger en nu stelt het bestek van dit hoofdstuk uiteraard grenzen. Het vergelijkingsmateriaal blijft hoofdzakelijk beperkt tot Nederland, Duitsland en Frankrijk en daaruit wordt geselecteerd wat voor die vergelijking zinvol kan zijn. De spil in mijn betoog is het 'pennetje', een instrument aan de hand waarvan een beknopt beeld kan worden geschetst van arbeidsverhoudingen in West-Europese steden van de 16^e en 17^e eeuw en van hun politiek-economische context. Daar begin ik mee in paragraaf 2.2 en daar komt ook kort het theoretisch perspectief aan de orde, van waaruit ik die verhoudingen analyseer.

Voor de vergelijkbaarheid van vroeger en nu dienen zich vijf interessante thema's aan die daarna achtereenvolgens aan de orde komen: in paragraaf 2.3 de *tijd-ruimtelijke* organisatie van de arbeid, waarbij 'kluswerk' in vroegere eeuwen aan de orde komt; in paragraaf 2.4 de *identiteit* en sociale positie van werkers. In paragraaf 2.5 gaat het over de *allocatie* van arbeid: kwesties van verdeling van werk, waarbij in het bijzonder aandacht wordt besteed aan toedelingsmechanismen in het stedelijk transportwezen. Paragraaf 2.6 behandelt *autonomie* en economische afhankelijkheid in arbeidsverhoudingen en paragraaf 2.7 de *bestaanszekerheid* van werkers. Ten slotte besteed ik in de laatste, concluderende paragraaf 2.8 aandacht aan de verschillende *contexten* waarin kluswerk en toedelingsmechanismen vroeger en nu functioneerden.

2.2 Verdelingskwesties en recht

2.2.1 Een 'pennetje'

In vroegere tijden werd een klus wel aangeduid als 'een pennetje' – ook nu nog geeft *Van Dale's Groot Woordenboek* die betekenis. Het mooie van die term is dat daarin belangrijke aspecten van kluswerk samenkomen: de aanduiding van het werk, de verdelingsvraagstukken die het meebrengt, en de technieken en het normatief kader die daarvoor de oplossing moeten bieden. Het 'pennetje' maakte deel uit van de sociale technologie van de stad van de 16^e/17^e eeuw. De situatie kan, om te beginnen, als volgt kort worden getypeerd. Voor veel goederen was de stad aangewezen op de handel en de aanvoer van die goederen per schip. Het transport van die goederen binnen de stad was zo geordend dat het was voorbehouden aan een relatief vast aantal 'dragers'. Hoe moesten de transporttaken over deze dragers worden verdeeld? Binnen de publieke ruimte van de stad van die tijd, waarin burgers elkaar aanspraken op gelijke participatie in de stedelijke gemeenschap, kon dat alleen via een objectief, neutraal verdelingsmechanisme.³ Een daarvan was een toerbeurtsysteem: de namen van de dragers stonden onder elkaar op een houten tableau; als een klus werd aangediend, werd er door de 'pennevader' een pennetje gestoken bij de naam van de drager die aan de beurt was. Was hij aanwezig, dan kreeg hij de klus; was

3 Knegt, RdW 2012.

hij er niet, dan ging zijn beurt voorbij en onder sommige regimes was hij dan ook nog een boete verschuldigd. Later meer over dit systeem.

Op deze manier werd 'pennetje' een metoniem voor de klus die uit de toewijzing voortvloeide. Een eenvoudig algoritme ('toerbeurt') werd ingezet om de verdeling een zodanig objectief, belangenneutraal karakter te geven dat, in een situatie van interne concurrentie om kansen op werk en verdiensten, zowel de vrede tussen de dragers als de dienstverlening aan de kooplieden in de stad zo goed mogelijk kon worden verzekerd, met behoud van de formele autonomie van de dragers. Het is hier van belang *diensten* zoals transport duidelijk te onderscheiden van de productie van *waren* – daarvan kon de organisatie merendeels aan de ambachtsgilden, en de verdeling, binnen de kaders door stad en marktmeester gesteld, aan de markt worden overgelaten. De markt gold in die tijd als een objectief verdelingsmechanisme dat door zijn transparantie in staat was verdelende *rechtvaardigheid* te realiseren.⁴

Ging het om *diensten*, dan stelden de aard van het werk en de openbare orde andere eisen. Diensten zoals transport vroegen niet om specifieke ambachtelijke kwalificaties. Ze konden niet op de markt worden uitgesteld, maar moesten wel voldoen aan algemene eisen ten aanzien van kwaliteit en betrouwbaarheid. Als elke willekeurige passant in de stad transportdiensten zou kunnen verrichten, dreigde een wanorde te ontstaan die niet alleen de dragers zou schaden, maar ook de openbare orde van de stad, en in zekere mate ook de kooplieden die van hun diensten gebruikmaakten (al gaven zij uit prijsoverwegingen vaak de voorkeur aan vrije concurrentie tussen dragers). Daar kwam nog bij dat de accijnsheffing van de stedelijke overheid, via het instituut van de *waag*, gebaseerd was op de (weeg)activiteiten van de dragers. Zij waren in zoverre ook publieke functionarissen en er werd van hen dan ook gevergd dat ze de eed aflegden op het waarachtig registreren van gewichten ten behoeve van de accijnsheffing. Het is dan ook niet verwonderlijk dat voor hen, naar analogie van de ambachtsgilden, een relatief gesloten verband werd gecreëerd, met een vast aantal dragers als leden, een aparte keur, toezichthouders, enz., een gilde dat echter (anders dan gebruikelijk) van bovenaf, door de stedelijke overheid werd ingesteld.

2.2.2 Normatieve ordes en formele mechanismen

Het toerbeurtsysteem van het 'pennetje' lijkt – als een formeel, objectief, neutraal mechanisme voor de verdeling van taken tussen de dragers – op het eerste gezicht de eenvoudigste oplossing voor het dreigende probleem van chaos of willekeur bij de toedeling van werk.⁵ Maar dit toerbeurtsysteem is maar een van de mechanismen die kunnen worden ingezet voor een verdeling van levenskansen die kan pretenderen *rechtvaardig* te zijn. Om dat in te zien moeten we even de stap maken naar een abstracter niveau.

Boltanski & Thévenot hebben in *On Justification* (2006) een sociale theorie voorgesteld waarin normatieve aspecten van sociaal gedrag centraal staan. Zij baseren zich op het gegeven dat mensen zich normaliter zo gedragen dat zij desgewenst hun gedrag kunnen

⁴ Foucault 2008, p. 32, 36-37.

⁵ Weber 1976, p. 130.

rechtvaardigen, onder verwijzing naar een meer *algemeen* beginsel.⁶ De noodzaak het praktisch eens te worden over wat in een bepaalde situatie 'rechtvaardig' is, vereist dat mensen competent zijn in het hanteren van zulke beginselen. Samenleven is dan afhankelijk van het tot stand brengen van overstijgende principes die overeenstemming tussen mensen mogelijk maken. Boltanski & Thévenot onderscheiden zes normatieve ordes die gebaseerd zijn op rivaliserende principes; daarvan zijn er hier vijf van belang:

- a) huishouden ('*domestic*': wederkerigheid op basis van hiërarchie en vertrouwen);
- b) burgerschap (gelijkheid, solidariteit, zelfbepaling van het juridisch kader);
- c) reputatie (faam, status);
- d) markt (ruil, behoeften en bevrediging);
- e) nijverheid ('*industrial*': functionaliteit, productiviteit, efficiëntie).

De 'markt', bijvoorbeeld, wordt dan niet gezien als het soort natuurverschijnsel waar sommige economen hem voor aanzien, maar als een verworvenheid van het samenleven zelf, als een orde die collectief tot stand is gebracht. Zij staat op gespannen voet met andere normatieve ordes, zoals de burgerlijke of de industriële, die op andere principes (formele gelijkheid resp. efficiëntie) zijn gebaseerd. De verschillende ordes zijn dus niet bij voorbaat met elkaar verenigbaar. In de 19^e eeuw is bijvoorbeeld lang gestreden over de vraag hoe het hiërarchische principe (orde a) van het gezag van de werkgever over de werknemer te verenigen is met de gelijkheid van beider burgerschap (orde b)? De arbeidsovereenkomst kan dan begrepen worden als een moeizaam compromis tussen twee rivaliserende normatieve ordes (a en b). Hier is vooral van belang dat die verschillende normatieve ordes en overstijgende principes een conceptueel hulpmiddel bieden om maatschappelijke kwesties, ook rond arbeidsverhoudingen, beter te kunnen benoemen.

De vroegmoderne stad is juridisch geconstitueerd als een gemeenschap waaraan formeel gelijke burgers zich committeren (orde b). Dat brengt mee dat men voor de verdeling van bevoegdheden en verplichtingen in de stad een beroep doet op een formele, in beginsel neutrale en objectieve ordening (recht). Die ordening maakt gebruik van technologie: voor de markt (d) zijn dat onder meer geijkte gewichten, betrouwbare munten, controlesystemen ten aanzien van de kwaliteit van producten, maar ook: cafés die faciliteren dat transacties in de openbaarheid worden beklonken, een marktjurisdictie die handhavend toeziet op alles wat afbreuk kan doen aan de transparantie van transacties, en andere technische voorzieningen die een compromis tussen de ordes van burgerschap (b), markt (d) en nijverheid (e) moeten bewerkstelligen.

Een kanttekening, tot slot, bij het begrip 'recht'. Het zou onjuist zijn 'recht' te identificeren met overheidsrecht, of met 'dat wat juridische instanties (rechtspraak) doen'. Het heeft een veel omvattender rol in ons alledaagse handelen. Juridische noties die vaak nauwelijks meer als normatief worden herkend ('burger', 'eigenaar', 'bewoner'), bepalen mede ons handelen. Normatieve ordes reiken, in verschillende historische periodes, de categorieën aan waarmee aan arbeidsverhoudingen vorm wordt gegeven, zij bieden een repertoire van legitimeerbare handelingsopties.⁷ Juridische noties zijn als vertrouwde instrumenten

⁶ Boltanski & Thévenot 2006, p. 30-32, 37 (citaat).

⁷ Steinberg 2003, p. 453.

in onze handen, zo vertrouwd dat we niet meer hoeven stil te staan bij hun normatieve karakter.⁸ Voor ons, bijvoorbeeld, is de opvatting dat een arbeidscontract berust op wils-overeenstemming vanzelfsprekend – maar historisch gezien is dat een betrekkelijk recente voorstelling van zaken.⁹ Zo beschouwd staat recht dus *niet buiten* de dagelijkse praktijk, enkel als een maatstaf van beoordeling ervan, maar *maakt* het, toen zowel als nu, in het dagelijks leven *deel uit* van die praktijken. Recht heeft het potentieel verandering aan te brengen in de relatieve posities van deelnemers, ook waar die verhoudingen op het eerste gezicht niet door recht bepaald lijken te zijn.¹⁰ Vanuit die posities, binnen de parameters van een gegeven repertoire van handelingsopties zetten werkers hun persoonlijke strategieën uit, waarbij ze de gekozen opties legitimeren met een beroep op de normatieve orde.

2.3 De tijd-ruimtelijke organisatie van arbeid: klussen

De door de ICT in de laatste decennia gecreëerde technische mogelijkheden hebben aanzienlijke consequenties voor de tijd-ruimtelijke organisatie van arbeid, vooral van diensten met een 'klus karakter'. Ook in het verleden hebben variaties en fluctuaties in de behoefte aan de inzet van arbeid geleid tot kluswerk, dat zelfs lange tijd een niet onbelangrijk aandeel kon hebben in het inkomen van huishoudens.

Een groot deel van het werk waarvoor arbeiders werden ingehuurd, kon in de Middeleeuwen en de Vroegmoderne Tijd op relatief *permanente* basis worden georganiseerd. Op het platteland werden boerenknechts vaak ingehuurd voor een jaar, met vaste 'wisseldagen' die per regio konden verschillen. In de steden werden dienstbodes en gezellen ook op die manier voor een jaar ingehuurd en vonden ambachtsleerlingen voor een vast aantal jaren een leer- en werkplek. Daarnaast echter waren er aanzienlijke schommelingen in de omvang van de vraag naar arbeid. Die schommelingen konden samenhangen met *cyclische* processen: in de landbouw vereiste de oogsttijd altijd extra 'handen', in de steden zorgden de katoenblekerijen in de zomer voor veel meer werk dan in de winter, en ook de haringvisserij bijvoorbeeld was seizoensgebonden.¹¹ Ten slotte werden in sectoren met een *projectmatig* karakter zoals de bouw, infrastructurele werken en militaire campagnes fluctuaties in werkzaamheden opgevangen door de tijdelijke inzet van huursoldaten, dagloners of polderwerkers. Schriftelijke documentatie daarvan gaat terug tot het begin van de 9^e eeuw.¹² Infrastructurele projecten, zoals het aanleggen van dijken of trekvaarten, vroegen om de inzet van grote aantallen arbeiders voor een beperkte periode.¹³ Aan deze tijdelijke vraag werd in de Republiek tot het eind van de 17^e eeuw vooral lokaal tegemoetgekomen, doordat mensen die hun hoofdverdienste in de agrarische sector hadden tijdelijk ander werk gingen verrichten. Zo voeren boerenknechten uit de Zaanstreek in het seizoen als scheepsgezellen uit om haring te vangen. Vanaf de 17^e eeuw ging trekarbeid steeds meer voorzien in de seizoensgebonden behoefte aan werkers: bleeksters trokken in de lente van het Brabantse platteland naar Haarlem, kleine boeren uit Westfalen konden hun

8 Delaney 2010, p. 41.

9 Knecht, *RdW* 2016.

10 Hunt 1993, p. 293.

11 Regtdoorzee Greup-Roldanus 1936.

12 Van Schevichaven 1924, p. 72; Verhulst & Semmler, *Le Moyen Age* 1962, p. 250.

13 Kuijpers 2006.

bedrijfjes in de oostelijke regio's overeind houden door in het seizoen naar de Hollandse kust te trekken en daar loonarbeid te verrichten.¹⁴

De tijdelijkheid van werkzaamheden bracht niet automatisch mee dat de positie van werkers precair was. In de bouw, bijvoorbeeld, gingen relatief goed betaalde vaklui van project naar project zonder zich veel zorgen te hoeven te maken over hun toekomstige levensonderhoud. Werkers gaven soms zelf uitdrukkelijk de voorkeur aan tijdelijkheid. Als arbeidskrachten op het platteland schaars waren, waren veel werkers niet bereid zich voor langere tijd te binden en gaven ze er de voorkeur aan als dagloner te werken, omdat dat (in die tijd) beter betaald werd en bovendien omdat ze zo beter in staat waren hun onafhankelijkheid te behouden ten opzichte van hun opdrachtgevers.¹⁵

Maar het zou een vertekend beeld geven enkel aandacht te besteden aan mensen die het ene werk voor het andere inwisselden. Immers, op het niveau van huishoudens was het *combineren* van verschillende werkzaamheden eerder regel dan uitzondering. Op het platteland voorzag een gezin bijvoorbeeld deels in het levensonderhoud door middel van een lapje grond en wat vee, naast een aardappelveldje voor de handel, wat huisnijverheid (bijvoorbeeld spinnen of weven) en daarnaast nog seizoensarbeid zoals daglonerswerk in de oogsttijd.¹⁶ Het heeft tot het laatste kwart van de 19^e eeuw geduurd voordat de ambachtelijke en industriële productie zich ging concentreren in fabrieken. Lange tijd domineerde de arbeid aan huis. In belangrijke sectoren als de textiel en de fabricage van schoenen of sigaren werkte begin 19^e eeuw maar een paar procent van de werkers in de fabriek, de overgrote meerderheid werkte thuis. Als bijverdienste was er thuiswerk als het sorteren van koffiebonen, het maken van borstels, het inbinden van boeken en het maken van sigarenkistjes.¹⁷

In de loop van de tweede helft van de 19^e eeuw leidde industriële logica gericht op het benutten van de nieuwe technologische mogelijkheden van de 'Tweede Industriële Revolutie' tot het bijeenbrengen van werkers op één locatie en tot een hiërarchische organisatie van loonarbeiders in fabrieken. Om werkers ertoe te verleiden in de fabriek te gaan werken en om ervaren werkers voor de fabriek te behouden, gingen fabrikanten begin 20^e eeuw de arbeidsvoorwaarden verbeteren. Het was de tijd van de 'fabrieksdorpen' waarin fabrikanten arbeiders huisvesting en allerlei voorzieningen boden – maar zo ook hun controle over het leven buiten de fabriek versterkten.¹⁸ Daarmee werd de weg ingeslagen naar de, historisch gezien, uitzonderlijke dominantie van de enkele, 'vaste' loondienstverhouding zoals deze in de tweede helft van de 20^e eeuw dominant werd.

Misschien is dit alleen een intermezzo geweest; zo iets zou kunnen worden opgemaakt uit de snelle toename van flexwerk aan het eind van die eeuw. En na de eeuwwisseling werd de nieuwe, formeel private ruimte van het internet mede gevuld door ondernemingen die klus- en klikwerk via de ICT organiseren, formeel als neutrale intermediairs tussen

14 Van Zanden 1991, p. 175-176.

15 Liu 2012, p. 209; Dyer 2005, p. 226.

16 Knotter 2001, p. 148.

17 Franssen 1976, p. 61, 130-133.

18 De Gier 2016.

opdrachtgevers en werkenden, materieel als concerns die klus- en klikwerk commercieel exploiteren.

2.4 Identiteit en sociale positie van werkers

Als we de huidige positie van *gig workers* willen vergelijken met de ordeningen waarbinnen mensen vroeger aan het werk gingen, dan moeten we even stilstaan bij de sterk gewijzigde *beleving* van werk. De aandacht voor die beleving en voor de collectieve aspecten daarvan is de laatste decennia relatief verwaarloosd. Onder invloed van een dominant economisch perspectief wordt sinds het laatste kwart van de 20^e eeuw werk vooral geanalyseerd in zijn betekenis voor de productie, en benaderd vanuit een individualiserend perspectief. Het belang van werk voor de identiteit en sociale positie van werkers is daardoor naar de achtergrond gedrongen.

2.4.1 Identiteit en collectief verband

Tot de 18^e eeuw was persoonlijke identiteit veel sterker dan nu gekoppeld aan de collectieven waarmee men zich verbonden achtte of waarmee men actief verbinding aanging. Ambachtslieden in de steden organiseerden zich tenminste vanaf de 12^e eeuw in gilden, die beslist niet alleen maar beroepsorganisaties waren, maar een veel ruimere betekenis hadden voor de identiteit en het sociale bestaan van haar leden. Gildeleden presenteerden zich in hun solidariteit in de sociale ruimte van de stad, stelden eer in hun vakbroederschap, onderhielden een altaar of kapel in de lokale kerk, belegden gezamenlijke maaltijden, droegen gestorven broeders ten grave en onderhielden fondsen voor arbeidsongeschikte leden en voor weduwen. We kunnen daar wel met behulp van onze huidige categorieën als religiositeit, arbeid, zorg en sociale zekerheid naar kijken, als we ons maar realiseren dat die vele aspecten van het gildelid zijn voor tijdgenoten één geheel vormden dat sterk met collectieve status en eer (orde c) verbonden was.

Ook leerlingen en gezellen, die bij ambachtsmeesters in dienst waren, hadden een (zij het mindere) status binnen het gilde. Later ontstonden aparte organisaties van gezellen, in Nederland vooral rond 'bussen' (gemeenschappelijk opgebouwde fondsen die konden voorzien in een inkomensvervangende uitkering bij arbeidsongeschiktheid), in de Duitse steden langs de Rijn ook als een effectieve kracht in een opkomende strijd van de gezellen met ambachtsmeesters om collectieve arbeidsvoorwaarden. Daarin was de collectieve 'eer' van de gezellen dat waarin de gilde-idealen samenkwamen, de code aan de hand waarvan handelen, van henzelf zowel als van meesters, werd beoordeeld en waarin zij zich wisten te onderscheiden van de buitenwereld.¹⁹ Eer was dus van existentieel belang, op een manier die wij ons nu nog maar moeilijk kunnen indenken.

2.4.2 'Vrije' en 'onvrije' werkers

Naast deze werkers die hun 'vrijheid' sterk verbonden wisten met de institutionele structuur waarvan zij deel uitmaakten, was er een laag van 'onvrije' (want: niet institutioneel

¹⁹ Brand 1992, p. 63, 96.

ingekaderde) werkers. Dagloners in de stad verzamelden zich 's ochtends op een vaste, aan de tak van nijverheid gekoppelde plek: in Amsterdam bijvoorbeeld lossers in de haven, mannen voor divers werk op de Nieuwe Brug, vrouwen voor textielarbeid in een hoek van de Dam. Daar werden ze opgepikt door bazen die hen meenamen en aan het werk zetten tegen een dagloon dat vaststond – althans eeuwenlang hetzelfde was.

Al sinds de 15^e eeuw was er dus ook in steden een 'duale arbeidsmarkt': een bovenlaag van met gilden verbonden ambachtslui en gezellen (die soms slechts 30%, maar soms ook 80% van de werkers in de stad konden omvatten) en een onderlaag van 'onvrije' kleinhandelaars en dagloners.²⁰ Dat niet alle werkers onder het gilde vielen, deed niet af aan de invloed van het normatieve kader van de gilden op de arbeidsverhoudingen. Tot diep in de 19^e eeuw waren de gilden bepalend voor de sociale standaarden.²¹

2.5 Allocatie van arbeid: verdelingskwesties en -mechanismen

Gig work staat onder meer in de belangstelling door de mechanismen die worden gehanteerd om werk over beschikbare dienstverleners te verdelen. Platforms maken er aanspraak op dat efficiënt te doen en daarbij rekening te houden met voorkeuren van klanten zowel als dienstverleners. Onze vraagstelling brengt ons in deze paragraaf naar een verkenning van vroegere verdelingsmechanismen. Die laat zien dat in de stedelijke context burgerschap (orde b, zie hierboven) en de organisatie van de 'aanbodkant' dominant was, terwijl huidige platforms de werkverdeling veel meer afhankelijk maken van evaluaties van de dienstverlening door klanten en in die zin een marktregime (orde d) hanteren.

2.5.1 De context van verdelingskwesties (16e-18e eeuw)

Dat de 'vraagkant' in de 16^e-18^e eeuw een veel geringere rol in de toewijzing van klussen speelde, kwam niet primair door het ontbreken van technische mogelijkheden daartoe, maar vooral doordat de sociale verhoudingen zich daartegen verzetten. Het burgerschap van de stad bracht mee dat dienstverleners een zelfstandige positie hadden en grotendeels de condities van hun werk zelf collectief organiseerden. Als gildeleden waren zij georiënteerd op eervol werk onder relatief gelijke condities. Zij kenden een groot belang toe aan evenwichtige onderlinge verhoudingen en een redelijk minimum van bestaanszekerheid van de leden.²² Om die reden zag een gilde ook nauw toe op (beperking van) de toetreding van leden en op de verdeling van beschikbaar werk over hen.

Voor geproduceerde *waren* voorzag de *markt* in het belangrijkste verdelingsmechanisme: de openbaarheid van de uitstalling van waren op de markt werd, onder de daartoe georganiseerde condities (gestandaardiseerde maten en gewichten, markttijden, jurisdictie in geschillen) geacht een zekere mate van gelijkheid en billijkheid te bewerkstelligen. *Diensten*, echter, kon je niet uitstallen en omdat de organisatie van het aanbod van diensten ook de openbare orde raakte, werden *andere technieken* ingezet om een billijke verdeling tot stand te brengen. Dat gold met name voor het interne transport van goederen binnen de

20 Schröder 1984, p. 139.

21 Brand 1990, p. 18.

22 Knegt, *RdW* 2012.

Nederlandse handelssteden, dat sterk leunde op zakkendragers, bierdraggers of turfsjouwwers. Hun werk vereiste fysieke kracht, maar geen ambachtelijke kwalificaties. Zou echter elke willekeurige passant door een koopman kunnen worden gersonseld om voor hem sjouwwerk te verrichten, dan dreigde een ongereguleerd gevecht om het verwerven van klussen en dat zou de openbare orde van de stad kunnen verstoren. Draggers zouden niet in voldoende mate in hun levensonderhoud kunnen voorzien en de stedelijke overheid zou de controle over de goederenstroom (en de heffing van accijns daarover) kunnen verliezen. Daar komt bij dat ook kooplieden als opdrachtgevers baat hadden bij sjouwwers die ze kenden en konden vertrouwen.

In deze behoeften aan ordening, die binnen de stedelijke gemeenschap breed werden gedeeld, werd voorzien door vormen van collectivisering op drie niveaus. Ten eerste nam, binnen de toentertijd relatief besloten ruimte van de stad, de stedelijke overheid het initiatief de kring van de dragers te sluiten, hun aantal te limiteren en hen te organiseren in gilden. Ten tweede organiseerden de gilden intern de evenredige verdeling van opdrachten via een formeel, objectief verdelingsmechanisme. En een interessante derde vorm van collectivisering was dat dragers, die gewend waren in ploegen van vijf tot zeven man samen te werken, zich soms aaneensloten tot een 'veem', een soort vennootschap waarin zij de inkomsten van het werk gelijkelijk onder elkaar verdeelden. Al deze toedelings- en verdelingsmechanismen nodigen uit tot een wat uitgebreidere schets van de transportgilden.

2.5.2 *Verdelingsmechanismen: de transportgilden (15e-19e eeuw)*

Op zijn minst sinds 1461 kende Amsterdam dragersgilden, waaronder die van de turf-, bier- en waagdraggers, die bestonden uit een gelimiteerd aantal door de stad toegelaten dragers. Niemand kon tot het gilde worden toegelaten zonder voorafgaande goedkeuring van het stadsbestuur. Omdat de dragers tevens waren belast met de controle op de betaling van de stedelijke accijns, legden zij sinds 1564 bij hun aanstelling een eed af.²³ Bij de stedelijke Waag zagen zij toe op het wegen van de te transporteren bulkgoederen.

In 1619 werd op initiatief van de Amsterdamse overheid een apart turfsjouwergilde opgericht. Het omvatte zevenhonderd door de stad aangestelde werkers, die de per schip naar de stad vervoerde turf in manden deden en vervoerden naar de poorters en naar de brouwerijen, suikerbakkerijen en andere bedrijven die brandstof nodig hadden. Sinds 1698 werden de zevenhonderd gildeleden aangevuld met een aanzienlijk aantal 'noodhulpen' (flexwerkers).²⁴ Doordat het turfsteken een seizoensgebonden activiteit was, varieerde de aanvoer van turf en dus ook het werk voor de turfdragers. Vooral in de drukke periodes werden ook de noodhulpen ingeschakeld.

Verdeling van het aangeboden werk had plaats doordat men 'op de pen' werkte, via een techniek die werken bij toerbeurt garandeerde. Op het luiden van de turfklok verzamelden turfdragers en opdrachtgevers zich bij het kantoor op de turfmarkt, waar de opzichters van het gilde (de 'pennevaders') erop toezagen dat op een vaste lijst met turfdragers op volgorde

²³ De Boer 1917, p. 8.

²⁴ Bos 1998a, p. 111-113, 127-129.

een pennetje werd gestoken ter verdeling van het opdrachtwerk. Verscheen de turfdrager niet op tijd, dan ging zijn beurt voorbij en moest hij een boete betalen aan het gilde.

De 'noodhulpen' vormden een reservoir van arbeidskrachten die als een soort tweederangs turfdragers konden worden ingeschakeld als er te veel werk was voor de gildebroeders of als er door ziekte van een gildebroeder behoefte was aan een invaller.²⁵ Een arbeidsongeschikte turfdrager kon een noodhulp 'op zijn pen' laten werken; die verving hem en moest dan een deel van zijn inkomsten afstaan aan de oude of zieke turfdrager. De verdelingstechniek werd op die manier ook indirect ingezet voor wat we nu 'sociale doeleinden' noemen (inkomensvoorziening van arbeidsongeschikte broeders).

Dat sociale element speelde in het begin van de 17^e eeuw in Amsterdam ook een rol bij de vorming van 'vemen', die werd bevorderd doordat kooplui de voorkeur gaven aan vaste en bekende ploegen van dragers en dus wél belang hadden bij differentiatie tussen dragers. Draggers van een veem legden bij notarieel contract gezamenlijk hun belofte vast hard te werken en hun inkomsten collectief te delen. Die afspraak gold ook ingeval een vennoot arbeidsongeschikt werd: dan behield hij zijn aanspraak op een gelijk aandeel in de inkomsten 'alsof hij zelf had meegewerkt', tenzij de arbeidsongeschiktheid het gevolg was van dronkenschap of vechtpartijen. Termen als '*vennetschap*' en '*veynoot*' (veemgenoot) werden oorspronkelijk breder gebruikt voor coöperaties maar geleidelijk aan werd de term '*veem*' uitsluitend voor coöperaties van waagdragers gebruikt.²⁶ De vemen onderscheidden zich door het type hoofddeksel dat zij droegen (vgl. het nog bestaande 'Blauwhoedenveem').

De zakkendragersgilden in (onder meer) Rotterdam, Delfshaven, Maassluis en Schiedam, en ook de bierdragers in Amsterdam hanteerden een andere neutrale, objectieve procedure voor de toedeling van werk: via het *toeval*. Ook in deze steden moest het voorhanden werk bij het gildehuis worden aangemeld. In Maassluis en Schiedam werd buiten de bel geluid en werd binnen een zandloper omgedraaid, die zeven minuten had om leeg te lopen. Wie binnen die zeven minuten binnen was, dong mee naar het werk. Omdat er vaak meer dragers dan klussen waren, ging de toedeling van klussen via het 'werpen' of 'smakken': zakkendragers wierpen twee dobbelstenen door de koperen trechter van een bak. Dit werd 'smakken' genoemd vanwege het lawaai dat het gooien veroorzaakte. Via de koperen trechter kwamen de dobbelstenen terecht in de smakbak. Wie de hoogste ogen gooide, kreeg (een aandeel in) de klus toebedeeld.²⁷ Zakkendragers mochten niet selectief zijn in hun participatie in het 'smakken' (bijvoorbeeld als zij de aangeboden klus te zwaar vonden), ze waren verplicht 'na[ar] alle werk, dat voorstaat en waarover geluid is' te 'smakken'.

25 Bos 1998a, p. 127-129.

26 Lups 2003, p. 59-65.

27 Teychiné Stakenburg 1984, p. 19-24. *Delfshaven*: in de 'smakbak' werden, via een trechter die bovenop de bak was geplaatst, voor iedereen zichtbaar twee grote dobbelstenen gegooid. De smakbak was 1 meter lang en 60 cm breed. Wie de hoogste ogen had bij de smak, won het werk. Er werd verdeeld tot er een volledige ploeg van vijf man was samengesteld. Voor de hele vracht werd een prijs afgesproken, die dan onderling werd verdeeld (www.365dagenproject.nl/2018/06/02/zakkendragershuisje-delfshaven-5-305-365/).

Toen in het derde kwart van de 18^e eeuw de handel terugliep en de gildeleden moeite kregen in hun bestaan te voorzien, kwam er kritiek op het dobbelen als een te willekeurig instrument.²⁸ Bij een krap aanbod van werk gaf men de voorkeur aan verdeling 'volgens de pen'. In een afgesloten, getralied kastje hingen de namen van alle zakkendragers, en de hoofdliden van het gilde trokken elke dag de pen uit van wie aan de beurt was. Wie bij het luiden van de klok niet aanwezig was, moest een hele ronde wachten.

Na de politieke omwentelingen aan het einde van de 18^e eeuw lijkt de rol van de gilden uitgespeeld, maar de stedelijke ambachten bleven zich met de stedelijke bestuurders lange tijd verzetten tegen het streven van de staat naar afschaffing van de gilden. Koning en nationale regering bleven lang aarzelen of ze die afschaffing door moesten zetten, maar maakten een uitzondering voor de 'werkers voor den handel', de niet-corporatieve naam waarmee de voormalige dragersgilden inmiddels werden aangeduid. Een ministerieel voorstel daartoe werd gesteund door de Kamers van Koophandel en de Raad van State en bij KB van 14 april 1815 werden de stedelijke besturen gemachtigd de corporaties van beëdigde dragers, en hun monopolie, in ere te herstellen.²⁹ Ook ten aanzien van de beurtschippers werd een uitzondering gemaakt. Vanwege hun functie in de openbare orde van de stad mocht onder meer het turfdragersgilde in Amsterdam voortbestaan als vereniging van 'stads-beëdigde werkers'; pas in 1859 werd hun gesloten karakter beëindigd. Direct daarop richtten de turfdragers de beroepsvereniging 'De Herstelling' op, die onder meer voorzag in uitkeringen aan behoeftige leden, en die tot de jaren 1890 heeft bestaan.³⁰

2.5.3 Gelijke toegang en differentiatie

In de relatief besloten ruimte van de stedelijke economie werd de commerciële dienstverlening dus zo geregeld dat de burgers die door de stad toegelaten waren tot de uitoefening van het beroep, in beginsel gelijke kansen hadden op werk. Daartoe werden technieken ingezet die het verdelingsproces formaliseerden, hetzij op basis van toeval, hetzij op basis van volgorde en toerbeurt. Het kan geen kwaad er even op te wijzen dat de daarmee tot stand gebrachte *formele* gelijkheid (bijvoorbeeld de toerbeurt van het 'pennetje') weliswaar tegenstellingen kan overbruggen (op basis van een overstijgend principe in de zin van Boltanski & Thévenot), maar niet zonder meer garant staat voor gelijkheid van de distributieve *uitkomsten*. Zo kan bijvoorbeeld een drager aan de beurt zijn die ziek is, terwijl een andere drager de diensten van de klus hard nodig heeft – maar dat soort overwegingen worden buitengesloten, irrelevant gemaakt door het formele karakter van het mechanisme.³¹ Het overstijgende principe krijgt vorm in deze formele selectiviteit, maar de selectie van wat al dan niet relevant is, is zelf *niet* neutraal en heeft consequenties voor de daadwerkelijke verdeling van levenskansen. Zo heeft de markt formele gelijkheid hoog in het vaandel, maar levert hij feitelijk voor een bevoorrecht deel van de participanten de mechanismen waarmee ze hun ongelijke aandeel in de voorziening in levenskansen kunnen uitbreiden.³²

28 Bos 1998a, p. 112.

29 Wiskerke 1938, p. 213.

30 Bos 1998b, p. 128-129.

31 Knecht 2008.

32 Weber 1976, p. 439: contractsvrijheid op de markt werkt primair zo uit dat het sommigen de kans biedt met behulp van bezit macht te verwerven over anderen.

En die ongelijkheid had uiteindelijk ook consequenties voor de verdelingssystematiek zelf. Hoewel dragers en stadsbestuur het op *normatief* niveau eens waren over de noodzaak van wat we tegenwoordig een *level playing field* zouden noemen, had men op *praktisch* niveau ook te maken met een sterk fluctuerende vraag naar diensten en het verschillende 'gewicht' van opdrachtgevers. Er ontwikkelde zich een – uiteindelijk ook juridisch erkend – meer gedifferentieerd stelsel waarin sommige gildebroeders een speciale relatie hadden met opdrachtgevers en zich daarmee aan het verdelingsmechanisme wisten te onttrekken, terwijl onderaan werkers met een soort tweederangs status tot werk werden toegelaten (de 'noodhulpen'), en daar mochten afwachten tot er een plek openviel binnen het besloten aantal van gildeposities. De 'noodhulpen' droegen meer dan gemiddeld bij aan het welzijn van de sector, onder meer doordat zij werden ingezet voor de financiële compensatie van arbeidsongeschikt geworden gildebroeders.

In termen van Boltanski & Thévenot³³ komt hier een compromis tot stand tussen 'burgerschap' (orde b: gelijke toegang tot werk en verdienkansen, collectieve zeggenschap over condities van de arbeid, solidariteit) en 'nijverheid' (orde e: efficiëntie, aansluiten op wisselende vraag naar diensten en op de bedrijfsvoering van de kooplieden). Het compromis bracht mee dat de verdeling van deze voor de stad zo belangrijke taken een *publiek* karakter had en dat voor marktwerking (orde d) geen rol van betekenis was weggelegd. Het verschil met de huidige platforms, in de sfeer van de private commercie, springt in het oog: werkers hebben geen zeggenschap over de condities van hun werk, 'burgerschap' is grotendeels opgeofferd aan 'markt' en 'nijverheid'.

Twee kanttekeningen nog in verband met de vergelijking van vroeger en nu. Ten eerste is toeval als verdelingsmechanisme niet 'ouderwets': het kan ook tegenwoordig nog een rol spelen, bijvoorbeeld in het aanbestedingsrecht. Primair draait een aanbesteding om concurrentie, en wordt de opdracht gegund aan de economisch meest voordelige inschrijver. Maar als meerdere inschrijvingen op de criteria met een gelijke score worden beoordeeld, en de mogelijkheden om de selectie op basis van prijs of kwaliteit te maken dus zijn uitgeput, is loting een legitieme optie. En recentelijk wordt selectie op basis van toeval (loting) bepleit voor de verdeling van onderzoekssubsidies.³⁴

Ten tweede wordt, waar vroeger werd gedubbeld, ook tegenwoordig een spelelement ingevoerd bij de verdeling van werk via platforms (*gamification*). Men gebruikt dan psychologische kennis om algoritmes zo vorm te geven dat ze de werker de indruk geven van een spelomgeving waarin hij strategisch winst kan behalen. Nieuwe werkers zijn veelal gevoelig voor de suggestie van vrijheid die dit biedt, ervaren werkers blijken zich bewust van het manipulatieve karakter van de werkwijze van platforms die deze psychologische technieken toepassen.³⁵

33 Boltanski & Thévenot 2006; zie paragraaf 2.2 hierboven.

34 H. Merkelbach, 'Verloot de onderzoekssubsidies', *NRC* 4 januari 2020, p. W2.

35 Van Doorn & Chen 2020.

2.6 Autonomie en gezag in arbeidsverhoudingen

In hoeverre *gig workers* als zelfstandige ondernemers mogen worden beschouwd, is zoals bekend omstreden. Opdrachtgevers en platforms zijn daartoe geneigd, maar wie de feitelijke werksituatie van deze werkenden bekijkt, ziet meestal weinig autonomie en veel sturing van buitenaf. Om juridische zelfstandigheid en autonomie in de arbeid is ook in het verleden lange tijd strijd gevoerd, onder meer tussen zich zelfstandig wanende textielambachtslieden en kooplieden die hen via commerciële contracten trachtten te controleren.

Werk wordt praktisch altijd in verhoudingen van interdependentie verricht en het spreekt bijna voor zich dat autonomie in het werk dan een issue is waarover veelvuldig strijd is en wordt geleverd. Vanuit de individuele werker gezien brengt autonomie al meerdere vragen mee. Ten eerste: wie stuurt de inzet van mijn arbeidskracht? In hoeverre ligt die in eigen handen dan wel in die van een opdrachtgever, superieur of intermediair (platform)? Ten tweede: wie beheerst de middelen waarmee ik produceer? Zijn die in eigen bezit of beheer of in dat van anderen? Ten derde: aan wie behoort dat wat ik produceer? Draag ik dat pas na voltooiing over of is het al direct eigendom van een ander? Vanuit een collectiviteit van werkers gezien spelen de volgende vragen: onder welk regime van arbeidsverhoudingen produceren wij? Welke rechtsorde garandeert de basisposities van waaruit wij aan het maatschappelijk leven deelnemen en bijdragen?

De kwestie van autonomie strekt zich bovendien verder uit dan de directe arbeidspositie van een individuele werker; vragen zijn dan onder meer: heeft mijn huishouden naast mijn werk nog andere bronnen voor de middelen van bestaan? Heb ik te maken met verplichtingen buiten de directe arbeid die mij afhankelijk maken (gedwongen winkelnering, huisvesting vanwege de werkgever, enz.).³⁶

2.6.1 Juridische concepten: markt en gezag

In navolging van het Romeins recht, aan de hand waarvan het academisch recht zich in Europa heeft ontwikkeld, is in veel continentale rechtssystemen een basisonderscheid gehanteerd tussen het (in opdracht) verrichten van een taak (Fr. *louage d'ouvrage*) en het (onder gezag) verlenen van diensten (Fr. *louage de service*).³⁷ Met het conceptueel kader van Boltanski & Thévenot in de hand kunnen we vaststellen dat in dit onderscheid de onverenigbaarheid tot uiting komt van twee verschillende normatieve kaders: dat van de *markt*, dat een zelfstandig opererende ondernemer vooronderstelt, en het 'huishoudelijk' ('domestic') kader van *gezagsrelaties*. De kwestie van autonomie in de uitvoering van werk staat niet op zichzelf, maar is verbonden met het aspect van de risicoverdeling. Wie geacht wordt in de orde van de markt te opereren, wordt ook geacht de risico's zelf te dragen; bij handelen in opdracht van een meerdere ligt de verantwoordelijkheid voor de condities en consequenties van het handelen grotendeels bij de meerdere. In de praktijk kunnen arbeidsverhoudingen meestal onder *beide* aspecten van dit normatieve onderscheid worden gezien, en daarom is het vaak niet goed mogelijk op die verhoudingen één etiket te plakken.

³⁶ Van der Linden 2008, p. 32-35.

³⁷ Cottureau 2000, p. 218-219.

Aan de ene kant laat bijvoorbeeld een liberale marktorde toe dat juridische zelfbepaling gepaard kan gaan met een ondergeschiktheid die resulteert uit (markt)machtsverhoudingen die de zelfbepaling illusoir maken. Anderzijds kan in een hiërarchische verhouding een ondergeschikte over zodanige hulpbronnen (bijvoorbeeld expertise) beschikken dat hij een veel grotere invloed kan uitoefenen op zijn meerdere dan de formeel ondergeschikte positie zou meebrengen.

De vraag hoe arbeidsverhoudingen binnen zulke normatieve kaders gekwalificeerd moeten worden, heeft praktische relevantie voor de toepasselijkheid van het arbeidsrecht en aanverwante (beschermende) regelingen op die verhoudingen. Vanaf de 18^e eeuw is dit een steeds terugkerend issue geweest. Begin 20^e eeuw werd bepleit de grens vooral niet te eng te trekken. Voor Marius Levenbach, protagonist van het arbeidsrecht in Nederland, hoorde het objectieve karakter van de arbeid doorslaggevend te zijn: het arbeidsrecht hoort van toepassing te zijn op alle arbeid “waarbij de arbeidskracht rechtstreeks voor een ander wordt aangewend, waarbij de arbeidsverrichting niet direct voor de arbeidende persoon zelf geschiedt. Het arbeidsrecht omvat het geheel van de regelingen, die op deze arbeid en de daarmee onmiddellijk samenhangende levensomstandigheden betrekking hebben.”³⁸ Zouden we dit criterium hanteren, dan zou veel kluswerk onder het arbeidsrecht behoren te vallen, maar beleid en recht hebben de laatste twintig jaar in Nederland meer ruimte gecreëerd om werken ‘voor een ander’ met juridische zelfstandigheid te combineren.

2.6.2 *Strijd rond het Verlag-systeem*

De strijd over moeilijk verenigbare normatieve kaders valt goed te illustreren aan de ontwikkelingen, vooral in de 17^e en 18^e eeuw, rond het *Verlag*- (ook wel: *putting out*-) systeem. Dat hield in dat een centrale handelaar, veelal een kapitaalkrachtige koopman, een reeks ambachtslieden inschakelde voor de productie van (textiel)waren die hij op de internationale markt verkocht. De koopman stelde de grondstoffen en/of de apparatuur ter beschikking, stelde specifieke eisen aan het te vervaardigen product en maakte zo de autonomie van de ambachtsmeester illusoir. Vanuit de ambachtelijke rechtsorde waarin zij leefden en handelden, bleven ambachtslieden zich beschouwen als zelfstandige vaklui binnen een communaal gildeverband, maar de kooplieden hadden daar geen boodschap aan en trachtten hen vanuit een commerciële benadering van de verhoudingen in hun ondernemingen te incorporeren. Met ruggensteun van Romeinsrechtelijk opgeleide (overheids)-juristen zetten de kooplieden de privaatrechtelijke rechtsorde van markttransacties in voor dat doel. In de ervaring van de ambachtslieden werden zo hiërarchische verhoudingen tot stand gebracht die niet strookten met hun ambachtseer. In de ambachtelijke orde was de meester een autonoom vakman, in die van de kooplieden was hij niet meer dan een ondergeschikte schakel in een economisch proces van waardenrealisatie.

Dat kon pregnant tot uiting komen op het moment van aflevering, als namelijk een product van een ambachtsman vanwege de koopman, voor wie hij werkte, als van onvoldoende kwaliteit werd afgewezen. Lag dat aan de grondstoffen die de koopman had aangeleverd of aan de slordigheid van de ambachtsman? Hoe dan ook, het was een moment waarop

38 Levenbach 1926, p. 70.

de conflicterende kaders duidelijk aan het licht traden en de ambachtsman zich pijnlijk bewust werd van zijn afhankelijkheid.³⁹ Bovendien had de smalle formule van het zakelijk contract tot gevolg dat alle sociale aspecten van de communale gildeorde buiten haakjes werden gezet.⁴⁰ Mee (moeten) gaan in die opgelegde commerciële orde betekende voor de ambachtslieden dus ook een aantasting van hun levenswijze. De strijd voor autonomie en tegen de opgedrongen (economische) afhankelijkheid was ook een collectieve strijd voor de waarden van een levenswijze en een rechtsorde. Die strijd is tot diep in de 19^e eeuw, veelal op principiële gronden, gevoerd.

2.6.3 Driehoeksverhoudingen en overheidsingrijpen

Als in deze strijd een appel werd gedaan op de overheid om regelgevend in te grijpen, was in de 18^e of 19^e eeuw de juridische (on)zelfstandigheid van werkenden voor de overheid geen reden om ingrijpen bij voorbaat af te wijzen. Wel riep zo'n appel de vraag op hoe de positie van bepaalde groepen werkenden eigenlijk moest worden gekwalificeerd: als zelfstandig of als afhankelijk? In de Duitse wetgeving zijn thuiswerkers meerdere keren met arbeiders ('allen die produceren zonder zelf te verkopen aan consumenten') gelijkgesteld. In 1883 introduceerde de Duitse wetgever de categorie van de *Hausindustriellen*, tussen afhankelijke loonarbeiders en zelfstandigen in.⁴¹ In de regulering werd voortdurend geschipperd tussen markttransactie en arbeidsverhouding: enerzijds wordt de werkrelatie voorgesteld als een op het afleveren van één stuk werk gerichte overeenkomst, anderzijds wordt dit idee gelogenstraft door jurisprudentie en wettelijke regelingen die onder meer de 'opzegging' van de werkrelatie regelen: beide partijen hebben een opzegtermijn, wie zich daar niet aan houdt moet óf doorgaan met werk leveren óf een schadevergoeding betalen.⁴²

De *Verlag*-organisatie van de productie leidde ook tot driehoeksverhoudingen, maar van een ander type dan we kennen van platformwerk. De ondernemers/opdrachtgevers probeerden de ambachtsmeester te reduceren tot een toezichthoudend werkmeester, met een reeks gezellen onder zich die het werk deden. Zij construeerden een soort 'indirecte arbeidsverhouding' waarbinnen ondernemers dan ook de bevoegdheid claimden in voorkomende gevallen gezellen zelf te ontslaan.⁴³ Een interessante andere variant is dat het gilde zich als een soort intermediair tussen kooplieden en textielwerkers schakelde en zo fungeerde als een 'platform' dat niet de opdrachtgevers maar de producenten diende. Doordat de producenten controle hadden over het intermediaire niveau werd de onevenwichtigheid van de machtsverhouding tussen beiden deels gecompenseerd. Zo kwamen er via het gilde *collectieve leveringsovereenkomsten* tot stand. In de loop van de 19^e eeuw verschoof de machtsverhouding en gingen *Verleger*, naar het voorbeeld van fabrieken, eenzijdig reglementen voor de arbeidsverhouding formuleren. Lange tijd was

39 Brand 1990, p. 171, 192.

40 Vgl. Knegt 2008.

41 Brand 2008, p. 36-37.

42 Brand 2008, p. 247-252. Een opzegtermijn maakte al in 1845 deel uit van een tussen fabrikanten en wevers afgesproken cao.

43 Brand 2008, p. 143, 148.

een juridische toetsing van die reglementen door de rechter niet mogelijk; in Duitsland liet de wetgever deze pas in 1891 toe.⁴⁴

2.7 Bestaanszekerheid van werkers

Een van de kwesties die rijzen als het gaat om de vermeende zelfstandigheid van *gig workers* is hoe zij kunnen voorzien in hun bestaan als er geen klussen zijn of als zij niet langer in staat zijn tot werken. Lange tijd werd dit gezien als een belangrijke kwestie die om *collectieve* regelingen vroeg. We zagen hierboven (onder 5) al dat de gilden bewaakten dat het aantal ambachtslieden niet te groot of te klein werd en dat zij een belangrijke rol speelden in de voorziening van vervangend inkomen van zieke en oude ambachtsslui en, na hun overlijden, van weduwen. Die voorziening was een kwestie van solidariteit maar ook verbonden met de *eer* van het ambacht: het werd als een aantasting van de collectieve reputatie ervaren als een lid aangewezen zou zijn op de stedelijke armvoorziening. Zelfs de dragers, die onder tijdgenoten niet bepaald om hun verfijnde zeden bekend stonden, vingen binnen het kleine verband van de 'vemen' solidair het risico van arbeidsongeschiktheid op. Niet altijd lukte het dat streven te realiseren: de in de 'bussen' verzamelde fondsen bleken al gauw ontoereikend als meerdere leden tegelijk door ziektes werden getroffen.⁴⁵ Ook als de gezellen zich apart organiseerden, was dat rond 'bussen' die in het opvangen van de risico's van het niet kunnen werken moesten voorzien. De afschaffing van de gilden maakte geen eind aan hun bussen, sommigen hebben tot 1962 voortbestaan.⁴⁶

Het aandeel van de stedelijke bevolking dat via deze 'bussen' was verzekerd, verschilde per stad naar het aantal werkers dat onder een gilderegim viel. Een telling leverde voor de Noordelijke Nederlanden een totaal van ruim 450 beroepsgebonden bussen op.⁴⁷ In Amsterdam, bijvoorbeeld, was zo meer dan een kwart van de arbeidende bevolking verzekerd. De afschaffing van de gilden betekende het einde van de verplichte deelname en daarmee van de levensvatbaarheid van de beroepsgebonden fondsen. Maar in 1837 deden in Amsterdam 27 van de vroegere 42 gildfondsen nog steeds betalingen aan verwanten van oud-leden.⁴⁸ In de ontstane leemte werd deels voorzien door particuliere verzekeringen.

Pas na het midden van de 19^e eeuw kwamen nieuwe fondsen op, beroepsgebonden of geïnitieerd door vakbonden. Geleidelijk accepteerde de nationale staat de noodzaak van regulerend optreden en van collectieve arrangementen. Mede door die verandering kwam een historisch compromis tot stand rond het zijn invloed uitbreidende arbeidscontract, dat aldus geïnterpreteerd kan worden: loonafhankelijke werkers accepteerden (als 'werknemers') de zeggenschap van ondernemers over de productie, en hun ondergeschiktheid aan het gezag die door industriële logica werd vereist, in ruil voor garanties die ondernemingen (als 'werkgevers') samen met de staat boden met betrekking tot condities en risico's verbonden met hun loonafhankelijke arbeid. In termen van Boltanski & Thévenot werd daarmee de vorm van het op *burgerschap* gebaseerde arbeidscontract gevuld met een sterk

44 Brand 2008, p. 244.

45 Zie over dit thema: Van Gerwen & Van Leeuwen 1998.

46 Bos 1998b, p. 127.

47 Bos 1998b, p. 123.

48 Bos, Lourens & Lucassen 2002, p. 146.

huishoudelijke (hiërarchie, bescherming van kwetsbare ondergeschikten) inhoud. Zo gingen, bij de opbouw van de verzorgingsstaat na de Tweede Wereldoorlog, 'werknemers' ook scherper contrasteren met 'zelfstandigen' die alleen onder enkele volksverzekeringen vielen, maar verder geacht werden hun risico's zelf te dragen. Een interessant recent verschijnsel is dat zelfstandigen, met name om de gevolgen van tijdelijke arbeidsongeschiktheid te kunnen compenseren, zich collectief organiseren in 'broodfondsen' en daarmee in feite teruggrijpen op middeleeuwse modellen van collectivisering.

2.8 Conclusies

In dit hoofdstuk kwam de vraag aan de orde welke vroegere vormen van werk vergelijkbaar zijn met platformwerk en met nieuwe mechanismen van de toedeling van werk. Kunnen we van de inkadering van vormen van werk toen iets leren voor de kaders die nodig zouden kunnen zijn voor de nieuwe vormen van nu? Voor die vergelijking dienden zich vijf thema's aan.

Op het thema van de *tijd-ruimtelijke* organisatie van de arbeid stelden we vast dat kluswerk bijna van alle tijden is en vaak in een combinatie met andere typen werk deel uitmaakte van de inkomensbronnen van huishoudens. Tegenwoordig wordt kluswerk vaak gecontrasteerd met het regime van het 'vaste contract', maar dat laatste is alleen dominant geweest in een korte, recente periode (een *intermezzo*?) waarin de industriële logica in combinatie met politieke en demografische factoren leidde tot relatief bestendige vormen van arbeid in loondienst, gekoppeld aan een hoge mate van bescherming van werkers tegen risico's van de arbeid.

Ook in vroegere tijden leidden fluctuaties in de vraag tot meer of minder georganiseerde vormen van flexwerk, naast de meer bestendige typen van werk. De situatie in de steden van de 16^e tot de 18^e eeuw zou in die zin al anachronistisch als een 'duale arbeidsmarkt' kunnen worden getypeerd. Dagloners verzamelden zich 's ochtends op vaste plekken, verdeeld naar de soort arbeid, in de publieke ruimte van de stad, in de hoop voor een klus te worden geronseld. Die publieke ruimte bood ook tot op zekere hoogte zekerheid, onder meer van een vaste beloning per dag. Dit in tegenstelling tot de huidige platforms, die een private, gecommmercialiseerde ruimte vormen, vrijwel zonder cultuur of moraal, waarin men zich kan laten ronselen, maar waar de marktmachtsverhoudingen zodanig zijn dat een adequate prestatie voor werk niet altijd is gegarandeerd.⁴⁹

Op het tweede thema, de *identiteit en sociale positie van werkers*, kan de 'vrijheid' die aan de huidige *gig worker* wordt toegeschreven, worden gecontrasteerd met de 'vrijheid' van werkers in de 16^e-18^e eeuw. Toen gold als 'vrij' wie zich opgenomen wist in een relatief autonome gemeenschap, als lid van een gilde of burger van een stad. Gildelid zijn vormde een identiteit in de stad, verbonden met status en collectieve eer, bracht doorgaans een heel scala aan activiteiten mee, religieus zowel als sociaal, en impliceerde rechten en verplichtingen rond voorzieningen met betrekking tot gezondheids- en werkloosheidsrisico's. Als

49 Zo kan een via het platform *Mechanical Turk* geleverd product door de opdrachtgever worden afgekeurd (en niet betaald), maar niettemin behouden; zie McInnis e.a. 2016.

‘onvrij’ gold wie dat gereguleerde kader moest ontberen, zoals de dagloner. De rechtsorde waarin men opereerde en waarvan de gilden deel uitmaakten, werd door werkers veel meer dan tegenwoordig als een ‘eigen’ orde beleefd.

Een vergelijking met tegenwoordig is confronterend: nu staat ‘vrij’ eerder voor ‘niet door regels gebonden’ en verwijst het naar de individuele formele contractsvrijheid eerder dan naar de voordelen van collectieve inbedding zoals die drie eeuwen geleden door werkers werden ervaren. In vergelijking daarmee is de *gig worker* van nu een uitgekleden, louter economische actor binnen een kader dat zich onttrekt aan burgerschap (met zijn elementen van gelijkheid en zelfbepaling) en geheel commercieel is geworden. Als een 17^e-eeuwse zakkendrager dit zou kunnen zien, zou hij *gig work* oneervol vinden en verontwaardigd zijn over het ontbreken van (collectieve) zeggenschap over de wijze van verdeling van werk en over het ontbreken van bestaanszekerheid.

Maar de mens van nu is niet meer de mens van de 17^e eeuw. Het recht van moderne, liberaal-democratische maatschappijen definieert burgers als primair voor zichzelf verantwoordelijke subjecten en die definitie structureert mede onze ervaringen.⁵⁰ Het recht is niet alleen maar een manier van kijken naar ‘echte’ verhoudingen, ‘it helps to reconstitute the social world as it represents it’.⁵¹ Technologische ontwikkelingen dragen bij aan veranderingen in handelingspatronen en daarmee in hoe we onszelf ervaren. Daarmee zullen we rekening moeten houden als we nadenken over regulerend ingrijpen in de verhoudingen die door platformwerk worden gegenereerd.

Ook de *allocatie* van werk, het derde thema, is voor de *gig worker* gecommmercialiseerd. Algoritmes worden door platforms en organisaties gepresenteerd als een technologie met de aanspraak efficiënt te zijn en te kunnen differentiëren naar klantwensen en naar wensen en prestaties van de werker. Een algoritme is in beginsel een structuur van objectieve regels, maar de strekking van die regels wordt, net als bij het 19^e-eeuwse bedrijfsreglement, eenzijdig door de private eigenaar van het platform bepaald, waarbij bovendien psychologische beïnvloeding strategisch kan worden ingezet (*gamification*).

De formele verdelingsmechanismen van de 17^e en de 18^e eeuw hebben met de algoritmes van nu hun formele, in beginsel neutrale en objectieve karakter gemeen, maar een vergelijking laat ook belangrijke verschillen zien. Toen was de context die van de stad die weliswaar veelal verweven was in internationale handelsnetwerken en daarin concurreerde met andere steden, maar met behulp van de vele gemeenschappen waaruit zij was opgebouwd haar interne verhoudingen relatief zelfstandig kon organiseren. Nu is de context die van een internationale economie waarin de rol van besloten geografisch-politieke eenheden geringer, de private ruimte van het internet wereldomspannend, en commerciële relaties dominant zijn geworden. Toen vormden de organisatie van de markt en van de openbare verdeling van diensten een garantie voor transparantie, nu domineert de markt alles en maken algoritmes haar deels ondoorzichtig. Een vergelijking met de stad van toen suggereert een verval van overstijgende principes die tegenstellingen in de samenleving

50 Rose 1998, p. 33, 157.

51 Gardner 2018, p. 43.

kunnen overbruggen (in de zin van Boltanski & Thévenot), met name doordat burgerschap in nieuwe arbeidsverhoudingen nauwelijks meer een rol lijkt te spelen. Zou er reden kunnen zijn met een nieuwe notie van 'internetburgerschap' in die leemte te voorzien? Naarmate het publieke karakter van de door het internet gecreëerde platformruimte wordt erkend, zal ook met juridische middelen kunnen worden voorzien in basisgaranties voor wie zich op een platform begeeft, zowel ter compensatie van machtsongelijkheid als om te voorzien in medezeggenschap over de structuur van het platform en de algoritmes die het hanteert.

Het vierde thema, de *autonomie* van werkers, is niet alleen voor de werkbeleving van belang, maar is bijvoorbeeld ook een vast aandachtspunt in onderzoek naar werkdruk en gezondheid. In het verleden kwam het pregnant naar voren in de eeuwenlange strijd die tot op het einde van de 19^e eeuw is gevoerd tussen ambachtslieden die een ambachtelijke rechtsorde koesterden, en kooplieden die de noties van een commerciële, privaatrechtelijke rechtsorde hanteerden om die ambachtslieden in het gareel te krijgen. Het moment van levering van een product bleek toen, en blijkt ook nu vaak, een heikel moment te zijn, waarop de zeggenschap over het product tussen opdrachtgever en producent wordt betwist.

Als producenten de overheid om bescherming vroegen, was het in het verleden *niet* zo dat hun juridische zelfstandigheid bij voorbaat een reden was om niet in te grijpen. Zo werd bijvoorbeeld in het *Verlag*-systeem ook voor formeel zelfstandige werkers een opzegtermijn van kracht. Soms werd aan thuiswerkers door de wetgever een aparte juridische status toegekend. Onder het neoliberale EU-regime zijn mededingingsregels zo dominant geworden dat een strikte opvatting van zelfstandigheid tegenwoordig een sterke belemmering vormt voor collectieve voorzieningen in risico's van zelfstandige werkers.

Ten slotte werd de *bestaanszekerheid* van werkers, het vijfde thema, geruime tijd als een typisch collectieve kwestie ervaren. Al sinds de Middeleeuwen werden daar in communaal verband voorzieningen voor getroffen, die zowel zelfstandige ambachtslieden als hun loontrekkende gezellen bescherming boden. Onder invloed van de vorming van natiestaten met een liberale economische politiek werden deze voorzieningen begin 19^e eeuw tenietgedaan. Eind 19^e eeuw kwamen nieuwe initiatieven tot collectieve bescherming tot stand, eerst opnieuw beroepsgebonden, vervolgens breder, geïnitieerd door vakbonden en ten slotte overgenomen in statelijke regelgeving die hoofdzakelijk loontrekkenden garanties biedt tegen risico's. Sinds politici in het begin van de jaren tachtig neoliberale ideeën zijn gaan omarmen, is de tendens ook op dit terrein naar verdere individualisering. Zo is een situatie ontstaan waarin wordt teruggegrepen op middeleeuwse modellen: zelfstandigen creëren tegenwoordig opnieuw zelf zekerheidsvoorzieningen in de vorm van 'broodfondsen'.⁵²

In de 16^e en de 17^e eeuw bood de rechtsorde van de stad dus een stevig normatief kader voor arbeidsverhoudingen, vooral voor de ruime 'bovenkant' van de ambachtslui, in mindere mate voor de 'onderkant' van de dagloners. Het wegvallen van deze lokale contexten met een eigen rechtsorde en moraliteit lijkt een belangrijk verschil te maken tussen verdelingsmechanismen toen en nu. De verandering van een publieke ruimte naar de private ruimte van platforms heeft geleid tot een dominantie van commerciële belangen bij de inrichting

52 Zie onder meer: www.broodfonds.nl.

van die ruimte – een ruimte die openbaar toegankelijk is, maar toch aan de private sfeer is toegewezen, en waarin participanten, ook als ze er in zekere zin op aangewezen zijn, geen (mede)zeggenschap hebben over de inrichting van de ruimte. Ten opzichte van toen blijkt een herschikking te hebben plaatsgehad van de normatieve ordes die we, aan de hand van Boltanski & Thévenot, in paragraaf 2.2 introduceerden. In het verleden vormde 'burgerschap', met haar elementen van gelijkheid en het collectief bepalen van het juridisch kader, de hoeksteen van een regime dat een combinatie met 'markt' en 'efficiëntie' wist te realiseren dat een basis bood voor een in beginsel rechtvaardige verdeling van kansen op arbeid en inkomen. Nu echter is de waagdrager, die ooit met zijn blauwe hoed eervol participeerde in de publieke ruimte, gereduceerd tot een geïndividualiseerde marktparticipant, fietsend met een doosje van het platform op zijn rug. Wat uit een vergelijking met het verleden het meest pregnant naar voren komt, is dat een notie en praktijk van burgerschap, die tegenwicht kunnen bieden aan de ongebreidelde dominantie van marktprincipes en commerciële efficiëntie in platformarbeid, nu node worden gemist.

De kwalificatie van de platformwerker: de gezagsverhouding naar een nieuw ‘level’?

Hanneke Bennaars

3.1 Inleiding

De vraag of een platformwerker een arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst heeft met het platform is wel aangeduid als het moeten kiezen tussen twee ronde gaten om een vierkant blokje in te passen.¹ Dit hoofdstuk beschrijft de stand van zaken met betrekking tot de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen platform en werkende, waarbij de centrale vraag is of de huidige definities van de arbeidsovereenkomst en de driehoeksverhoudingen in het arbeidsrecht wel zijn toegesneden op de praktijk van platforms.²

De volgende vier omstandigheden zijn hierbij relevant.

- (1) Ten eerste is het onderscheid tussen werknemers en opdrachtnemers al langer problematisch, eigenlijk al vanaf de invoering van de definitie van de arbeidsovereenkomst.³ In het IBO-zelfstandigenrapport uit 2015 waarin de groei van zzp'ers tot en met 2013 is onderzocht is te lezen dat de grens tussen werknemers en zzp'ers diffuus is, terwijl de rechtsgevolgen verbonden aan de kwalificatie groot zijn.⁴ De platformeconomie is in de onderzoeksperiode dan nog nauwelijks van de grond gekomen in Nederland.⁵ Het fenomeen 'platformwerk' vergroot de kwalificatievraag dus uit en kan niet los worden gezien van de bredere discussie.⁶

1 "The jury in this case will be handed a square peg and asked to choose between two round holes", aldus een Californische rechter in een procedure over de rechtspositie van een chauffeur van Lyft (een concurrent van Uber), *Cotter v. Lyft, Inc.*, No. 13-cv-04065-VC, 2015 WL 1062407, at 12 (N.D. Cal. Mar. 11, 2015).

2 O.a. Van Slooten bepleit dat dit niet het geval is, Van Slooten 2017.

3 Jansen & Loonstra 1997: een overzicht van de jurisprudentie over de gezagsverhouding van 1909 t/m 1996.

4 IBO 2015, p. 77.

5 Vanaf 2012 biedt Uber zijn diensten aan in Amsterdam; daarvoor is eigenlijk geen sprake van platformarbeid in de zin van dit hoofdstuk. Een website als Marktplaats, actief vanaf 1999, wordt meestal niet beschouwd als een platform waarbij arbeid een rol speelt, hoewel inmiddels ook diensten via Marktplaats kunnen worden afgenomen.

6 Zie ook Garin e.a. 2020, die vanuit Amerikaans perspectief onderzoeken wat nu het verschil is tussen 'gewone' zzp'ers en platformwerkers.

- (2) Ten tweede is de kwalificatie van de arbeidsrelatie tot op zekere hoogte manipuleerbaar geworden door de open norm 'in dienst van', de holistische weging en de rol die de partijbedoeling tot voor kort sinds het arrest *Groen/Schoevers*⁷ heeft gespeeld. Dit geldt ook voor de bredere discussie over de kwalificatievraag, maar juist in situaties waarin de voorwaarden waaronder wordt gecontracteerd tamelijk dwingend worden voorgeschreven door één partij, kan de overeenkomst eenvoudig zo worden ingericht dat veel indicatoren in de richting van een opdrachtovereenkomst wijzen.⁸
- (3) Ten derde geldt dat het bedrijfsmodel van platforms vaak meebrengt dat de werkende anders dan via klassieke instructies worden aangestuurd, bijvoorbeeld door nudges, incentives en algoritmes. Het is de vraag of deze wijze van aansturing wel of niet onder het gezagscriterium valt.
- (4) Ten slotte bestaat een groot verschil tussen de verschillende platforms en daarmee tussen platformwerkers, zodat generieke uitspraken moeilijk kunnen worden gedaan.⁹

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden baken ik in paragraaf 3.2 het onderwerp af: welke platformwerkers komen aan de orde? Vervolgens ga ik in paragraaf 3.3 in op de aard en werkwijze van de platforms, in de praktijk en in de jurisprudentie, en in paragraaf 3.4 beschrijf ik de huidige stand van zaken met betrekking tot de kwalificatievraag. Ik sluit af met een concluderende beschouwing waarin ik kort ook recente beleids- en wetgevingsinitiatieven betrek (par. 3.5).

3.2 Terminologie en afbakening¹⁰

Er bestaat geen wettelijke definitie van platformwerk en evenmin is in het academisch debat sprake van één definitie die wordt gehanteerd. Datzelfde geldt voor de context waarbinnen platformwerk zich afspeelt: is het de deeleconomie (sharing economy of collaborative economy) of de kluseconomie (gig economy)? In 2017 is een uitgebreide Europese studie verschenen over de verschillende definities.¹¹ In de Nederlandse context is een vergelijkbare analyse gemaakt in het rapport *Eerlijk delen* van het Rathenau Instituut.¹² Ik sluit voor de afbakening van dit hoofdstuk grotendeels aan bij de terminologie uit dat rapport.¹³

7 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149. Inmiddels is de Hoge Raad in het arrest HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 teruggekomen op de rol van de partijbedoeling door te oordelen dat niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten. Het gaat erom dat de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. De bedoeling van partijen speelt dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.2.2.

8 Vgl. Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, JAR 2019/23 (FNV/Deliveroo), r.o. 21, waarin wordt opgemerkt dat aan dergelijke voorwaarden geen doorslaggevende betekenis kan worden gehecht voor wat betreft de (inmiddels door de Hoge Raad genuanceerde) partijbedoeling. In de hoger beroep is de partijbedoeling in het geheel niet meer aan de orde gekomen, Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, JAR 2021/62, m.nt. Van der Neut (Deliveroo/FNV), r.o. 3.4 en 3.5.

9 Zie bijvoorbeeld Kruit & Ouwehand 2018.

10 Deze paragraaf is grotendeels ontleend aan Bennaars 2019.

11 Forde 2017.

12 Frenken e.a. 2017.

13 Zie over de terminologie ook: Bevers & Heeger-Hertter, in: *Flexibele Arbeidsrelaties*, aant. 10.1 (online bijgewerkt 1 januari 2020).

Dit hoofdstuk gaat over de relatie tussen het platform enerzijds en de werkende die 'work-on-demand-via-app'¹⁴ verricht. Daarmee wordt bedoeld op werk dat fysiek op de lokale markt wordt uitgevoerd, hoewel de opdracht voor het uitvoeren van de werkzaamheden via een internetapplicatie tot stand komt. Gedacht kan worden aan personenvervoer, koeriersdiensten, maaltijdbezorging, huishoudelijke dienstverlening (schoonmaak, oppas, etc.), bemiddeling in personeel (bijvoorbeeld horecapersoneel). Ik beperk mij daarbij tot commerciële platforms en ga niet in op platforms waarbij consumenten onderling elkaar gebruik laten maken van diensten (of goederen). Buiten beschouwing blijft ook 'crowdwork': werk dat niet alleen digitaal wordt verdeeld, maar ook digitaal wordt uitgevoerd. Dit kan variëren van microtaken, zoals het labelen ('taggen') van foto's of afbeeldingen, tot grotere projecten, zoals bijvoorbeeld het ontwerpen van een logo of een marketingcampagne. Ook buiten beschouwing blijven platforms waarbij de nadruk op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van goederen centraal staan. Ten slotte ziet deze bijdrage niet op de verhouding tussen een platform als YouTube en (kind)vloggers of e-sporters en gamers.

3.3 De aard en werkwijze van het platform in de praktijk en in de rechtspraak

De platforms die onderwerp zijn van dit hoofdstuk kennen ruwweg drie functies: een prikbord, een bemiddelaar of de rol van opdracht-/werkgever.¹⁵ Is sprake van een platform dat voornamelijk fungeert als prikbord, dan zal de contractuele relatie met de werkende niet snel enig arbeidsrechtelijk aspect hebben. Wel kan het voor de werkingssfeer van algemeen verbindend verklaarde cao's of verplichtstellingsbesluiten met betrekking tot deelname aan bedrijfstakpensioenfondsen van belang zijn hoe het platform moet worden gekwalificeerd.¹⁶ Is sprake van bemiddeling of van een opdracht- dan wel arbeidsovereenkomst, dan komen sneller arbeidsrechtelijke aspecten in beeld. Bij bemiddeling kan de Waadi een rol spelen, en in andere situaties komt het aan op de definitie van art. 7:610 BW. Om vast te stellen welk van de drie typen aan de orde is, is inzicht in de werkwijzen en bedrijfsmodellen die de platforms hanteren nodig. Dit is ook van belang om de eventuele gezagsrelatie te beoordelen als eenmaal duidelijk is dat sprake is van méér dan bemiddeling of een prikbordfunctie. De aard van de dienstverlening van het platform kan daarbij ook een rol spelen.¹⁷

14 Zie over de termen 'work-on-demand-via-app' en 'crowdwork' ook De Stefano 2015, p. 2-6.

15 Zie Bennaars 2018a. Let wel, online platforms die zich niet (uitsluitend) bezighouden met werk dat fysiek op de lokale markt wordt uitgevoerd kunnen op veel meer manieren worden gekwalificeerd. Zie hierover uitgebreid Schaub 2020.

16 Uitspraken over de kwalificatie van de platforms in Nederland: Hof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849, PJ 2019/87, m.nt. Degelink (*Bedrijfstakpensioenfondsen Reisbranche/Booking*), Rb. Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8968, JAR 2020/1, m.nt. Koot-van der Putte (*FNV/Picnic*), Rb. Noord-Nederland 3 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:4109, PJ 2020/135, m.nt. Degelink (*Basic Travel/Bedrijfstakpensioenfondsen Reisbranche*), Rb. Amsterdam 26 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6292, JAR 2019/226 (*Bedrijfstakpensioenfondsen Beroepsgoederenvervoer/Deliveroo*), Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:210, JAR 2019/24 (*FNV/Deliveroo*), Rb. Midden-Nederland 9 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2044, JAR 2018/134 (*Booker/Bedrijfstakpensioenfondsen Reisbranche*).

17 Ik heb dit eerder samen met E.F. Grosheide betoogd in Bennaars & Grosheide 2019, nr. 1, p. 59-68, paragraaf 3.2.

3.3.1 Werkwijzen en bedrijfsmodellen van platforms

Verschillen

Meerdere empirische onderzoeken hebben de verschillen tussen platforms in kaart gebracht of gecategoriseerd. Zo onderscheidt SEO Economisch Onderzoek¹⁸ op basis van gegevens over de werkenden in de kluseconomie de volgende diensten die door platforms worden aangenomen: vervoer (personen, pakketten, maaltijden), huishoudelijke dienstverlening (schoonmaak, oppas, uitlaatservice, tuinonderhoud), personeel (in verschillende sectoren), zorgdiensten, professionele dienstverlening. TNO¹⁹ onderscheidt in zijn verkennend onderzoek naar sectoren het niveau van vaardigheden die aangeboden worden, het verschil tussen geplande taken en 'on demand'-taken en de verhouding tot traditionele markten.

Het aantal betrokken partijen kan verschillen. Het minimum is drie partijen: het platform, de werkende en de afnemer. Bij maaltijd- of pakketbezorging is ten minste sprake van vier partijen. Ook het restaurant of de verkoper/verzender van het product is dan partij. Veel platforms gebruiken een separate elektronische betaaldienst, een vijfde betrokken partij. Een verdergaande financiële service is 'factoring'. De werker die als zelfstandige te boek staat heeft een vordering op zijn opdrachtgever voor betaling van de overeengekomen vergoeding. Is sprake van 'factoring', dan neemt een financiële dienstverlener deze vorderingen, inclusief het debiteurenrisico, over van de werkende en draagt zorg voor inning. De werkende betaalt hiervoor een vergoeding, maar krijgt daar directe betaling voor terug.²⁰ Het is niet altijd duidelijk in hoeverre werkenden kunnen kiezen om al dan niet van deze dienst gebruik te maken.

Ook de wijze waarop het werk wordt verdeeld onder de werkenden kan verschillen. De SER onderscheidt in zijn Verkenning drie varianten.²¹ Er zijn platforms waarbij het platform selecteert welke werkende de taak of klus krijgt. Dit is veelal het geval bij vervoersdiensten (taxi of maaltijdbezorging). Het verschilt of werkenden zelf mogen kiezen of ze beschikbaar zijn of dat ze de klus mogen of kunnen weigeren. Een tweede mogelijkheid is dat de uiteindelijke afnemer van de dienst bepaalt welke werkende de klus of taak krijgt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een platform als Werkspot, een platform voor vakmensen, bij huishoudelijk dienstverlening of bij platforms die gericht zijn op horeca. Het kan zijn dat het platform, op basis van de door de klant opgegeven voorkeuren een voorselectie maakt. In hoeverre daarbij een algoritme of ratings een rol spelen is niet altijd bekend. Een derde manier om het werk te verdelen is dat de werker die als eerste reageert op een aanbod of openstaande klus, de klus ook krijgt. Dat bedrijfsmodel wordt vaak gebruikt bij crowdwork (dat buiten het bestek van dit hoofdstuk valt), maar ook bij platforms die bijvoorbeeld slimme energiemeters plaatsen in huishoudens. Het is wel zo dat het platform (al dan niet met behulp van een algoritme) kan beslissen welke opdrachten voor wie zichtbaar zijn.

¹⁸ Ter Weel e.a. 2020, p. 6, figuur 2.2.

¹⁹ Verbiest e.a. 2020.

²⁰ Zie voor een voorbeeld het platform Charly Cares (oppaswerk) dat een dergelijk samenwerkingsverband met ABN AMRO heeft afgesloten ten behoeve van de via het platform werkende oppassen: <https://www.deondernemer.nl/innovatie/technologie/charly-cares-directe-online-uitbetaling-oppasplatform-2535493>.

²¹ SER Verkenning 20/09, p. 35-38.

In dezelfde Verkenning onderscheidt de SER ook drie manieren waarop het tarief wordt vastgesteld: het platform bepaalt (en krijgt commissie in de vorm van verdiensten of een vast bedrag per transactie), de klant bepaalt of de werkende bepaalt, waarbij soms het platform een minimum stelt. In vrijwel alle gevallen betalen de gebruikers voor de diensten van het platform. Dat kunnen de werkende zijn, de klanten of allebei. In paragraaf 3.4.6 ga ik in op de vraag of dat in alle gevallen mag.

Overeenkomsten

Platforms hebben gemeen dat sprake is van ten minste drie partijen: het platform, de werkende en de klant. De contractuele verhoudingen worden vaak, zo niet altijd, geregeld via algemene voorwaarden.²² Voor vrijwel alle platforms, met uitzondering van de platforms die een arbeidsovereenkomst hebben gesloten met de werkenden, geldt dat wachttijd tussen de verschillende klussen niet wordt betaald.²³ De SER²⁴ benoemt verder onder meer de volgende gemene delers: zoveel mogelijk gebruikers (werkenden en afnemers) zijn een voorwaarde en het verzamelen en verwerken van data is belangrijk voor het bedrijfsmodel. Vraag en aanbod van een dienst (of arbeid) wordt bij elkaar gebracht via een internetapplicatie waarbij een algoritme een rol speelt en veel platforms maken gebruik van dynamisch prijzen en van ratings als kwaliteitsmaatstaf. Het algoritme kan naast andere prikkels ook een rol spelen bij het 'sturen' van de gebruikers (werkenden en afnemers), ook wel algoritmisch management genoemd.²⁵

3.3.2 *Werkwijze en prikkels*

Prikkels om gedrag te sturen zijn kenmerkend voor platforms, maar in reguliere arbeidsorganisaties ook niet onbekend. Bonusplannen, commissiesystemen of promotietrajecten zijn bekende mechanismen om de productie door werknemers of de kwaliteit van het werk te verhogen. Wel nieuw is dat bij platforms die beogen met opdrachtnemers te werken, de prikkels ook gericht zijn op het sturen van de duur en de tijden waarop gewerkt wordt en om invloed uit te oefenen op de inhoud van het werk. Binnen de arbeidsovereenkomst gebeurt dit doorgaans via contractuele verplichtingen (arbeidsduur en werktijden) en de gezagsverhouding. Lieman geeft op basis van de praktijk een aardig inzicht in de soorten prikkels die worden gebruikt bij maaltijdbezorging, taxivervoer en schoonmaakwerk.²⁶ Ik merk op dat sprake is van een diverse en dynamische situatie: niet alle platforms gebruiken alle methoden en sommige methoden veranderen of verdwijnen. Deze beschrijving ontleend aan Lieman, is dus vooral illustratief bedoeld.

Invloed uitoefenen op de inhoud van het werk en het niveau van de dienstverlening gebeurt vooral via de ratings, de beoordelingen door klanten. Met lage ratings is het vaak lastiger om klanten te krijgen. Invloed uitoefenen op hoe lang en wanneer wordt gewerkt gebeurt op verschillende manieren. Soms vrij direct door pushberichten om bepaalde tijdstippen te promoten, of door surge pricing, een methode waarbij de prijs (en dus de opbrengst voor

²² Krüger 2018.

²³ Zie ook het hoofdstuk van N. Zekić.

²⁴ SER Verkenning 20/09, p. 31-34.

²⁵ Zie hierover ook Kloostera 2020.

²⁶ Lieman 2018, met name hoofdstuk 3.

de werkende) omhoog gaat als in een bepaald gebied een tekort aan werkenden is. Ook kunnen omzetgaranties voor bepaalde tijdblokken worden gegeven of worden bonussen toegekend bij slecht weer. Subtieler nog zijn de prikkels die inspelen op het gevoel van urgentie ('anderen hebben deze opdracht ook ontvangen, de eerste die reageert krijgt de klus') of technieken uit de game-industrie: er kunnen extra's en 'levels' worden behaald met meer klussen waarbij vaak wordt getoond dat het doel echt bijna is bereikt ('ludic loop') al dan niet aangewakkerd door een competitie-element met andere werkenden. Ook het Netflix-effect is bekend: nog voordat een klus is afgerond, springt de volgende al in de app waardoor de werkende gestimuleerd wordt meteen weer een klus aan te nemen.

Dit soort prikkels worden ook wel gebracht onder de noemer 'nudging' dat vooral bekend (en populair) is als beleidsinstrument.²⁷ In de woorden van Westerman: een zacht duwtje in de rug dat de overheid aan de burger geeft om hem – veelal op onmerkbare wijze – in de goede richting te leiden.²⁸ Westerman wijst erop dat het bij nudging vaak de vraag is in hoeverre de burger nog een keuze heeft; denk aan verkeersdrempels, maar ook aan websites die alleen bezocht kunnen worden door cookies te accepteren. Niet alleen in de relatie burger-overheid speelt nudging een rol, ook bedrijven sturen het gedrag van consumenten (vaker aangeduid als marketingstrategieën). In het consumentenrecht wordt daarom wel betoogd dat bij het maken van wet- en regelgeving hiermee rekening moet worden gehouden: de consument is niet altijd rationeel handelend, maar wordt beïnvloed door onder meer nudging. Braspenning en Verbruggen concluderen dat het consumentenrecht hier inderdaad steeds meer rekening mee houdt.²⁹ In paragraaf 4.5 bespreek ik de rol van deze prikkels bij de kwalificatievraag.

3.3.3 *Jurisprudentie over de aard van (dienstverlening van) platforms*

Zowel in Europa als in Nederland is geprocedeerd over de aard van (de dienstverlening van) verschillende platforms. Het betreft procedures waaraan verschillende rechtsvragen ten grondslag liggen, maar bij nadere bestudering valt wel een zekere algemene lijn te ontdekken.

*Europese rechtspraak*³⁰

Er zijn twee uitspraken van het Europese Hof van Justitie³¹ waarin aan de orde komt hoe het bekende taxiplatform Uber moet worden gekwalificeerd. In beide zaken was sprake van het in Nederland verboden Uber Pop, waarbij particuliere chauffeurs (zonder taxivergunning) andere particulieren vervoeren. In beide zaken lag de vraag voor of Uber een vervoersdienst is of een dienst van de informatiemaatschappij. In meer gangbare woorden: is Uber een taxibedrijf of een technologiebedrijf? In de Spaanse zaak gaat het om een vergunningstelsel dat gehanteerd kan worden zonder het vrij verkeer van diensten te belemmeren, als

27 WRR 2014 en RMO 2014.

28 Westerman 2016.

29 Braspenning & Verbruggen 2017.

30 De beschrijving van de Uber-zaken is ontleend aan Bennaars 2018a.

31 HvJ EU 10 april 2018, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221 (*Uber France SAS*) en HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain SL*). Beide arresten zijn voorafgegaan door een conclusie van A-G Szpunar van respectievelijk 4 juli 2017 (ECLI:EU:C:2017:511) en 11 mei 2017 (ECLI:EU:C:2017:364).

sprake is van een vervoersbedrijf.³² In de Franse zaak ging het om een nationale bepaling die de diensten van Uber Pop verbiedt. Als sprake zou zijn van een 'technologiedienst', dan had die bepaling op grond van art. 8 lid 1 Richtlijn 98/34³³ bij de Europese Commissie moeten zijn aangemeld alvorens deze jegens een particulier, in dit geval Uber, kan worden ingeroepen. In beide zaken had Uber er dus belang bij om gekwalificeerd te worden als 'technologiedienst', en niet als vervoersdienst. Het Hof oordeelde anders. De dienst die Uber biedt kwalificeert weliswaar als een dienst van de informatiemaatschappij (en meer in het bijzonder een bemiddelingsdienst), maar deze bemiddelingsdienst maakt integraal deel uit van een dienstenpakket waarvan het hoofdelement bestaat in een vervoersdienst en moet aldus in zijn geheel worden gezien als vervoersdienst. Doorslaggevend is dat Uber niet alleen het aanbod van de diensten heeft gecreëerd, maar ook controle uitoefent over de voorwaarden waaronder de diensten worden verricht.³⁴

Interessant is de conclusie van A-G Szpunar die ingaat op de vraag of Uber zich uitsluitend beperkt tot het bij elkaar brengen van vraag en aanbod (van vervoer) en in dat geval dus een prikbord of bemiddelaar zou zijn. De A-G overweegt dat Uber daadwerkelijk zelf de vervoersprestatie verricht en niet alleen bemiddelt, laat staan alleen een prikbord is. De volgende omstandigheden zijn daarvoor doorslaggevend:³⁵ (i) Uber stelt veel voorwaarden aan toegang tot de applicatie, zoals eisen aan de voertuigen, (ii) voor vrijwel alle chauffeurs is het rijden via Uber de enige of de belangrijkste activiteit, (iii) de chauffeurs worden beloond voor het rijden van veel ritten, daarmee wordt in feite controle uitgeoefend op de chauffeur, (iv) Uber stelt – via een algoritme – de prijs vast. De A-G concludeert dat sprake is van controle op alle relevante aspecten van het vervoer, hoewel soms indirect. Door de schaal waarop de controle plaatsvindt, is het heel effectief. De conclusie is dat Uber één prestatie levert, en dat is een vervoersprestatie. De A-G overweegt vervolgens expliciet dat dit niets zegt over de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht.

Anders is geoordeeld over het platform Airbnb in een wederom Franse zaak.³⁶ Opnieuw gaat het om de vraag of het platform een dienst van de informatiemaatschappij is, of een vakantieverhuurbedrijf. Het Hof oordeelt dat Airbnb een dienst van de informatiemaatschappij is, zonder dat de bemiddelingsdienst integraal onderdeel is van een dienstenpakket waarvan het hoofdelement bestaat in een accommodatiedienst. Het Hof overweegt in r.o. 64-68 expliciet dat het met name het controle-element is dat verschilt

32 Art. 58 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bepaalt immers dat het vrij verkeer van diensten in de vervoerssector een uitzonderingspositie heeft en ook in Richtlijn 2006/123 (Dienstenrichtlijn) is de vervoerssector uitgezonderd.

33 Richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, per 6 oktober 2015 afgeschaft en vervangen door Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij, *PbEU* 2015, L 241.

34 HvJ EU 10 april 2018, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221 (*Uber France SAS*), r.o. 18-22 en HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain SL*), r.o. 34-40.

35 Conclusie A-G Szpunar 11 mei 2017 (ECLI:EU:C:2017:364), nr. 43-50.

36 HvJ EU 19 december 2019, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112 (*X/Airbnb*).

van de *Uber*-zaken, nog los van de omstandigheid dat de *Uber*-zaken spelen in de specifieke context van het stedelijk personenvervoer.

Uit deze beperkte Europese jurisprudentie over twee verschillende platforms blijkt dat de mate waarin het platform een aanbod van diensten met een materiële inhoud creëert en de mate waarin het platform een beslissende invloed uitoefent op de voorwaarden waaronder die diensten worden verricht, bepalend is voor de aard van het platform: is het een bemiddelaar of niet? Het is mijns inziens de vraag of voor reguliere Uber vervoersdiensten (dus niet Uber Pop) ook geldt dat de markt gecreëerd is door Uber. De taximarkt bestond, net als de vakantieverhuurmarkt, al ver voor de opkomst van de platforms en taxichauffeurs kunnen, net als verhuurders, hun klanten ook via andere kanalen bereiken. A-G Szpunar wijst er in zijn conclusie bij de *Airbnb*-zaak³⁷ op dat het criterium dat een aanbod van diensten wordt gecreëerd enkel een aanwijzing vormt dat de langs elektronische weg verrichtte dienst een onlosmakelijk geheel vormt met een dienst met een materiële inhoud en niet doorslaggevend is. Zou het wel doorslaggevend zijn, dan zou concurrentievervalsing in bestaande markten op de loer liggen, zo begrijp ik de A-G in nr. 64-65 van zijn conclusie.

Nederlandse rechtspraak

De Nederlandse rechtspraak over de aard van (de dienstverlening van) platforms concentreert zich vooral op de werkingssfeer van algemeen verbindend verklaarde cao's en verplichtstellingsbesluiten met betrekking tot bedrijfstakpensioenfondsen. Hierover is in drie sectoren geprocedeerd: de reisbranche,³⁸ maaltijdbezorging³⁹ en de supermarktbranche.⁴⁰ De uitspraak in de laatste sector is niet relevant voor dit hoofdstuk en wordt daarom niet besproken. Het gaat daar namelijk niet om het platformkarakter of het 'online' karakter van het betreffende bedrijf.

In de reisbranche staat de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit deelname in het bedrijfstakpensioenfonds voor de reisbranche⁴¹ centraal. Het verplichtstellingsbesluit ziet op, onder meer, reisagenten. Een (online) reisagent is *'degene die in de uitoefening van zijn bedrijf bemiddelt'* (onderstreping HB) *bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen in de ruimste zin des woords, waaronder worden begrepen overeenkomsten inzake*

37 Conclusie A-G Szpunar 30 april 2019, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:336 (*X/Airbnb*), nr. 66-68.

38 Hof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849, *PJ* 2019/87, m.nt. Degelink (*Bedrijfstakpensioenfonds Reisbranche/Booking*). Van deze uitspraak is het bedrijfstakpensioenfonds in cassatie gekomen. Op 2 oktober 2020 heeft A-G De Bock geconcludeerd: ECLI:NL:PHR:2020:890; Rb. Noord-Nederland 3 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:4109, *PJ* 2020/135, m.nt. Degelink (*Basic Travel/Bedrijfstakpensioenfonds Reisbranche*), Rb. Midden-Nederland 9 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2044, *JAR* 2018/134 (*Booker/Bedrijfstakpensioenfonds Reisbranche*).

39 Rb. Amsterdam 26 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:6292, *JAR* 2019/226 (*Bedrijfstakpensioenfonds Beroepsgoederenvervoer/Deliveroo*), Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:210, *JAR* 2019/24 (*FNV/Deliveroo*).

40 Rb. Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8968, *JAR* 2020/1, m.nt. Koot-van der Putte (*FNV/Picnic*).

41 Besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 december 1996 (nr. 96/1555, *Stcrt.* 1996, nr. 250), gewijzigd op 31 januari 2008, (nr. 07/34571, *Stcrt.* 2008 nr. 24).

vervoer, verblijf en pakketreizen'. In de uitspraken *Booker*⁴² en *Booking*⁴³ is geoordeeld dat geen sprake is van bemiddeling in de zin van het verplichtstellingsbesluit omdat – samengevat – het platform geen actieve rol heeft, dan wel niet betrokken is bij de totstandkoming van de overeenkomst tussen de klant en de accommodatieverstrekker. De Noord-Nederlandse rechtbank oordeelde anders in *Basic Travel*. Om van bemiddeling te spreken is een actieve, adviserende rol niet nodig volgens de tekst van het verplichtstellingsbesluit. Het is voldoende dat door tussenkomst van het platform een huurovereenkomst tot stand komt, en dus valt het platform er wel onder, aldus de rechtbank.⁴⁴ Van de *Booking*-uitspraak is cassatie ingesteld. A-G De Bock komt in haar conclusie aan de hand van de cao-uitlegnorm⁴⁵ tot het oordeel dat Booking.com wel onder de werking van het verplichtstellingbesluit valt. De belangrijkste overwegingen zijn als volgt samen te vatten. Volgens een objectieve uitleg van het begrip 'bemiddeling' is voldoende dat de werkzaamheden van het platform zijn gericht op, of kunnen bijdragen aan, het tot stand brengen van een overeenkomst. Dat de mogelijkheid bestaat dat de bezoeker van het platform buiten het platform om de aanbieder van de dienst (de verhuurder) benadert en daarmee contracteert, maakt niet dat het platform slechts een prikbord is⁴⁶ (hiermee geeft de A-G een verfijning van het hierna te bespreken arrest *Duinzicht*). Dat geen sprake is van exclusiviteit onderscheidt Booking.com niet van 'klassieke' reisagenten: exclusiviteit is geen vereiste voor 'bemiddeling' in de zin van het verplichtstellingsbesluit. Ook het verdienmodel draagt bij aan de bemiddeling: Booking.com ontvangt immers commissie voor de totstandkoming van een reservering, niet voor het plaatsen van de advertentie.⁴⁷

In de sector maaltijdbezorging zijn twee uitspraken gewezen, allebei in een geschil tussen FNV en maaltijdbezorger Deliveroo. Eén procedure zag op de werkingssfeer van de cao beroepsgoederenvervoer⁴⁸ en één op de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit

42 Rb. Midden-Nederland 9 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2044, *JAR* 2018/134 (*Booker/Bedrijfstakpensioenfonds Reisbranche*).

43 Hof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849, *PJ* 2019/87, m.nt. Degelink (*Bedrijfstakpensioenfonds Reisbranche/Booking*), zie voor de eerste aanleg Rb. Amsterdam 20 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9040, *PJ* 2017/10, m.nt. Van Marwijk Kooy.

44 Rb. Noord-Nederland 3 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:4109, *PJ* 2020/135, m.nt. Degelink (*Basic Travel/Bedrijfstakpensioenfonds Reisbranche*), r.o. 5.13.

45 Deze norm behelst dat een cao-bepaling naar objectieve maatstaven moet worden uitgelegd, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn, zonder dat niet kenbare bedoelingen van de cao-partijen een rol spelen. Ook verplichtstellingsbesluiten worden aan de hand van die maatstaf uitgelegd, zie HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:678, *JAR* 2018/147, m.nt. Franssen, r.o. 3.4.2 (*FNV/X*), HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, *NJ* 2017/114 (*FNV/Condor*), r.o. 3.4 en HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. Du Perron, r.o. 4.5 (*DSM/Fox*).

46 Hiermee stelt A-G De Bock een verfijning voor van HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, *NJ* 2016/108, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Duinzicht*), waarin het ging om woningverhuur door een makelaar. Dit is bemiddeling, tenzij het platform partijen niet van elkaar afschermt en het evenmin onmogelijk maakt om rechtstreeks in contact te komen met elkaar. In dat geval is sprake van een prikbord. Vgl. Rb. Amsterdam 9 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1477.

47 Conclusie A-G De Bock 2 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:890 nr. 4.4, 4.9, 4.11, 4.14.

48 Cao Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen, algemeen verbindend verklaard in de periode van 12 februari 2015 tot 31 december 2016 en in de periode van 17 augustus 2017 tot 17 augustus 2015 (*Stcrt.* 2015, 961 en 2017, 39465)

bedrijfstakingpensioenfonds beroepsgoederenvervoer.⁴⁹ Beide geschillen zijn beslecht door de Rechtbank Amsterdam en in beide gevallen wordt geoordeeld dat Deliveroo onder de werkingssfeer van de betreffende regelingen valt.⁵⁰ De overwegingen zijn vergelijkbaar. Relevant is dat Deliveroo onder meer heeft gesteld dat maaltijdbezorging (wat in beide uitspraken is gekwalificeerd als goederenvervoer over de weg) niet de kern van haar activiteit is. De kern van de activiteit zou zijn het faciliteren van de mogelijkheid om maaltijden te bestellen. De bezorging wordt in voorkomend geval immers ook gedaan door bezorgers van het betreffende restaurant en Deliveroo beschouwt zichzelf in feite als technologiebedrijf. Die stelling heeft geen genade gevonden in de ogen van de rechtbank, omdat het overgrote deel van de maaltijden wel door bezorgers van Deliveroo wordt gedaan. Dat bezorging ondergeschikt is aan het businessmodel of de bedrijfsvoering is niet komen vast te staan. Ook hier speelt het verdienmodel en de wijze waarop de werkzaamheden zijn ingericht dus een rol.

Dit korte overzicht van de Europeesrechtelijke en nationale rechtspraak over de aard van platforms leidt tot volgende observaties. Ten eerste heeft 'bemiddeling' niet één juridische betekenis. De bemiddelingsovereenkomst is gedefinieerd in art. 7:425 BW en heeft een ruime werkingssfeer. Dat betekent niet dat ook bemiddeling in de zin van een verplichtstellingsbesluit zo moet worden uitgelegd.⁵¹ Hetzelfde geldt voor de Europeesrechtelijke uitleg van de Richtlijn betreffende de diensten van de informatiemaatschappij die in de *Uber Pop*- en *Airbnb*-zaken aan de orde is gekomen; ook dit is een andere context. Ondanks deze verschillen is duidelijk dat bij de kwalificatie van (de aard van de dienstverlening van) het platform het verdienmodel, de plaats op de markt en de mate waarin het platform controle uitoefent op de voorwaarden waaronder wordt gecontracteerd en waaronder de uiteindelijke dienst wordt verricht, een rol spelen.

3.4 Kwalificatie van de rechtsverhouding werker-platform⁵²

3.4.1 Inleiding

Art. 7:610 BW definieert de arbeidsovereenkomst: is sprake van (i) arbeid, (ii) verricht in dienst van een ander (iii) gedurende zekere tijd (iv) tegen loon, dan is er een arbeidsovereenkomst. Deze definitie is dwingendrechtelijk: is aan alle elementen van de definitie voldaan, dan is sprake van een arbeidsovereenkomst, ongeacht of partijen een arbeidsovereenkomst willen. De kwalificatie van de overeenkomst staat dus niet ter vrije beschikking van partijen. Naast deze wettelijke criteria volgt uit de jurisprudentie nog een aantal aanvullende gezichtspunten. Ten eerste is sinds het arrest *Agfa/Schoolderman* gemeengoed dat niet alleen hetgeen partijen overeenkomen zijn van belang is, maar ook de wijze waarop partijen

49 Besluit van 8 mei 1964, nr. 64729, *Stcrt.* 1964, 89 tot het verplichtstellen van de deelneming in de Stichting Bedrijfstakingpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de weg, zoals gewijzigd bij besluit van 14 april 2014, *Stcrt.* 2014, 11351 en van 16 januari 2018, *Stcrt.* 2018, 3268.

50 Rb. Amsterdam 26 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:6292, *JAR* 2019/226 (*Bedrijfstakingpensioenfonds Beroepsgoederenvervoer/Deliveroo*), Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:210, *JAR* 2019/24 (*FNV/Deliveroo*). Van beide uitspraken is bij mijn weten hoger beroep ingesteld.

51 Schaub 2020, nr. 48 en 49.

52 Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op Bennaars 2020, Bennaars 2019a en Bennaars 2018.

in de praktijk uitvoering aan de overeenkomst geven.⁵³ Ten tweede is de partijbedoeling bij de overeenkomst lang een gezichtspunt geweest; inmiddels heeft de Hoge Raad dat genuanceerd, waarover meer in paragraaf 4.2.⁵⁴ Een derde relevant gezichtspunt is dat niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in onderling verband moeten worden gezien, gelet op alle relevante omstandigheden van het geval; ook wel bekend als de holistische weg.⁵⁵ Ten slotte is in het *Groen/Schoevers*-arrest ook bepaald dat de maatschappelijke positie van partijen, met name in het licht van de onderhandelingen, een rol kan spelen bij de kwalificatie.⁵⁶ Dit is vooralsnog niet door de Hoge Raad genuanceerd.

In deze paragraaf ga ik in op de vraag hoe de belangrijkste elementen uitpakken in het geval van platformwerkers. Ik betrek daarbij de Nederlandse uitspraken⁵⁷ over de kwalificatie van platformwerkers die tot dusver zijn geweest en, waar relevant, de *Yodel*-uitspraak⁵⁸ van het Europees Hof van Justitie. Deze laatste zaak zag op de vraag of een Engelse pakketbezorger met een opdrachtovereenkomst moet worden gekwalificeerd als werknemer in de zin van de Arbeidstijdenrichtlijn.⁵⁹ Hoewel strikt genomen geen sprake was van een platformwerker, vertoont de zaak voldoende gelijkenissen om er aandacht aan te besteden.⁶⁰ De pakketbezorger werkte voor Yodel op basis van een 'Courier Service Agreement' waarin staat dat hij zelfstandig opdrachtnemer is. Hij gebruikt het scanapparaat van Yodel, verder gebruikt hij zijn eigen bestelbus en zijn eigen mobiele telefoon voor contact met Yodel. Vervanging is toegestaan en de bezorger hoeft pakketten niet aan te nemen en mag voor concurrenten werken. Bijgestaan door de vakbond IWGB⁶¹ spant de pakketbezorger een procedure aan en claimt 'worker' te zijn in de zin van de Engelse arbeidstijdenwetgeving. 'Workers' werken op basis van een ander contract dan een arbeidsovereenkomst, maar verrichten wel persoonlijk arbeid voor de wederpartij, tegen een beloning. Het grootste verschil in bescherming tussen 'workers' en 'employees' is dat 'workers' geen enkele ontslagbescherming genieten en geen verlofrechten zoals ouderschapsverlof hebben. Veel arbeidsrechtelijke regels zoals het minimumloon en het recht op doorbetaalde vakantie gelden ook voor workers.⁶²

53 HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994ZC1322, NJ 1994/704, m.nt. PAS, r.o. 3.3.

54 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*) en HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, JAR 2020/287, m.nt. Said (*Gemeente Amsterdam*).

55 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*), r.o. 3.4.

56 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*), r.o. 3.4.

57 Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, JAR 2018/189, m.nt. Wiewel (*Ferwerda/Deliveroo*), Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, JAR 2019/23, m.nt. Jovović & Zwemmer (*FNV/Deliveroo*), Rb. Amsterdam 1 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:20194546, JAR 2019/171, m.nt. Pronk (*FNV/Helpling*) en Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, JAR 2021/26, m.nt. Van der Neut, *AR-updates* 2021/171, m.nt. Bennaars.

58 HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288, JAR 2020/145, m.nt. S. Said (*Yodel*).

59 Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (*PbEU* 200/3, L 299).

60 Zie over deze zaak in het kader van arbeidstijden ook hoofdstuk 4 van dit boek.

61 Independent Workers of Great Britain, een vakbond die zich richt op platformwerkers en andere al dan niet terecht als zelfstandigen gekwalificeerden.

62 Jones & Prassl 2017.

3.4.2 De partijbedoeling

Het dwingendrechtelijk karakter van de definitie van de arbeidsovereenkomst heeft de afgelopen decennia enigszins onder druk gestaan door de jurisprudentie van de Hoge Raad inhoudende dat de bedoeling van partijen ten aanzien van de kwalificatie van de overeenkomst een belangrijk gezichtspunt was. Deze jurisprudentie start met de bekende uitspraak *Groen/Schoevers* en is daarna in een aantal arresten door de Hoge Raad herhaald.⁶³ Dit heeft geleid tot contracten (zeker niet alleen in het kader van platformwerk) waarin partijen zich uitputten in verklaringen dat zij een opdrachtovereenkomst beogen en zeker geen arbeidsovereenkomst. Die bepalingen kwamen in de rechtspraak regelmatig terug als relevante overweging of zelfs als uitgangspunt. Zie voor een voorbeeld de eerste *Deliveroo*-uitspraak van de Rechtbank Amsterdam waarin veel waarde wordt gehecht aan de omstandigheid dat partijen in de overeenkomst hebben vastgelegd welke rechtsverhouding (een opdrachtovereenkomst) hen voor ogen heeft gestaan.⁶⁴

In november 2020 heeft de Hoge Raad hier een einde aan gemaakt met het *Gemeente Amsterdam*-arrest.⁶⁵ Het ging in deze zaak om IAOW-uitkeringsgerechtigde die voor de gemeente Amsterdam heeft gewerkt op basis van een 'plaatsingsovereenkomst' in het kader van een participatieplaats (Wet werk en bijstand). De vraag was of deze overeenkomst als arbeidsovereenkomst moest worden gekwalificeerd, nu aan de criteria 'arbeid', 'loon' en 'gezag' was voldaan en de werkneemster in feite hetzelfde werk deed als haar collega's die wel een arbeidsovereenkomst hadden. In cassatie speelt de vraag in hoeverre het relevant was of de bedoeling van partijen al dan niet gericht was op het sluiten van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad overweegt als volgt (r.o. 3.2.2):

"Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Anders dan uit het arrest *Groen/Schoevers* wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst."

De Hoge Raad vervolgt en legt in r.o. 3.2.3. uit dat alvorens aan de kwalificatie wordt toegekomen eerst moet worden onderzocht, aan de hand van de Haviltex-maatstaf, welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Pas als dat is vastgesteld, kan de rechter beoordelen of de overeenkomst de kenmerken van een arbeidsovereenkomst heeft.

Kortom, de partijbedoeling speelt nog wel een rol, maar alleen als het gaat om de rechten en verplichtingen die partijen op het oog hadden en niet als het gaat om de kwalificatie. Dus wel relevant: beogen partijen een verplichting om te komen werken of niet? Beogen

63 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*), HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651, JAR 2005/15 (*Diosynth/De Groot*), HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*Beurspromovendi*), HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, JAR 2007/237 (*Thuiszorg Rotterdam/PGGM*) en HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012BU8926 (*B-Notarissen*).

64 Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, JAR 2018/189, m.nt. Wiewel (*Ferwerda/Deliveroo*), r.o. 10-13.

65 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, JAR 2020/287, m.nt. Said.

partijen een beloning per stuk, of een vast maandloon? Maar niet (meer) relevant: beogen partijen een opdrachtovereenkomst? Dit is goed te verklaren, nu de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst niet alleen gevolgen heeft voor partijen, maar ook een breder maatschappelijk gevolg heeft. Dat de partijbedoeling ziet op de rechten en plichten en niet zozeer op de partijbedoeling heeft de Hoge Raad al eerder laten doorschemeren in de arresten *Logidex*⁶⁶ en *Gouden Kooi*.⁶⁷ In deze arresten is de formulering '*hetgeen hun [partijen, HB] bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond*' uit *Groen/Schoevers* vervangen door 'de rechten en verplichtingen (...) die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden'. Daar staat tegenover dat in andere arresten de Hoge Raad juist lijkt te benadrukken dat de partijbedoeling wel degelijk ziet op de kwalificatie, zoals Said en Houweling overtuigend aantonen in hun annotaties.⁶⁸ Of de Hoge Raad nu zelf onduidelijk is geweest of dat arbeidsrechtelijk Nederland de eerdere uitspraken verkeerd heeft uitgelegd zullen we nooit weten, maar vanaf nu weten we wel zeker dat de partijbedoeling met betrekking tot de aard van de overeenkomst niet relevant is.

Wat betekent dit voor de kwalificatie van platformwerkers? Het Hof Amsterdam is hier duidelijk over in de hogerberoepuitspraak over Deliveroo:⁶⁹ het hele debat over de partijbedoeling wordt buiten beschouwing gelaten (r.o. 3.4 en 3.5). Het hof bespreekt vervolgens alle overeengekomen rechten en verplichtingen (en de wijze waarop daar in de praktijk uitvoering aan wordt gegeven) en voert met recht een holistische weg uit. Interessant is dat weinig aandacht wordt besteed aan de bedoeling van partijen/de contractuele vastlegging van de rechten en verplichtingen. Ik zou menen dat dat nog steeds wel relevant is, met dien verstande dat aan de contractuele vastlegging van rechten en verplichtingen door partijen (en de bedoeling daarvan) minder waarde gehecht zou moeten worden als contractuele vastlegging eenzijdig is opgelegd of nauwelijks onderwerp van onderhandeling is geweest. De kantonrechter in eerste aanleg overwoog dit ook.⁷⁰ Het contracteren via algemene voorwaarden is wijdverbreid onder platforms (zie par. 3.1) en daarom is de nuancering van de partijbedoeling met betrekking tot de rechten en verplichtingen, voor zover die uit die voorwaarden zouden blijken, terecht. Het Hof Amsterdam gaat nog een stapje verder en overwoog dat de eenzijdige wijzigingen van het contract en van de wijze waarop de werkzaamheden worden georganiseerd erop duiden dat het platformbedrijf gezag uitoefent over de bezorgers (r.o. 3.9.6).

66 HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019, *JAR* 2015/277 (*Logidex/SNCU*), r.o. 3.3.2.

67 HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, *NJ* 2011/594, m.nt. Verhulp, r.o. 3.3.2.

68 S. Said in haar annotatie in *JAR* 2020/287 en R. Houweling in zijn annotatie van 12 november 2020 in *AR-Updates*.

69 Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, *JAR* 2021/26, m.nt. Van der Neut, *AR-updates* 2021/171, m.nt. Bennaars. Het hoger beroep inzake Rb. Amsterdam 1 juli 2019, ECLI:N:RBAMS:20194546, *JAR* 2019/171 (*FNV/Helpling*) is nog aanhangig. Inmiddels is namens FNV een dagvaarding aanhangig gemaakt over de kwalificatie van Uber-chauffeurs en de toepasbaarheid van de cao voor het taxivervoer. Ook daar valt te verwachten dat de partijbedoeling geen rol meer zal spelen.

70 Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, *JAR* 2019/23, m.nt. Jovović & Zwemmer (*FNV/Deliveroo*), r.o. 21.

3.4.3 *Arbeid, de verplichting om arbeid te verrichten en persoonlijke verrichting van arbeid*

Arbeid

Het element 'arbeid' uit de definitie van art. 7:610 BW is weinig problematisch. 'Arbeid' is een breed begrip en kan elke willekeurige activiteit omvatten. Ook het louter beschikbaar zijn van arbeidskracht kan voldoende zijn.⁷¹ Er moet wel sprake zijn van een voor de werkgever productieve arbeidsprestatie.⁷² Bij het platformwerk dat in dit hoofdstuk centraal staat is moeilijk denkbaar dat aan het element 'arbeid' niet is voldaan: maaltijdbezorging, schoonmaken, bezorgwerkzaamheden, chauffeurswerkzaamheden, oppaswerkzaamheden, werken in de horeca, in alle gevallen is sprake van arbeid. Bij microtaken met een groot spelelement zoals bijvoorbeeld het maken van foto's van schappen in supermarkten waarbij bepaalde levels kunnen worden doorlopen via Roamlr,⁷³ zou het de vraag kunnen zijn of de taken niet zo klein zijn dat dit aan de weg staat aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst. In Europese jurisprudentie over het werknemersbegrip in het kader van het vrij verkeer van werknemers worden werkzaamheden die van zo geringe omvang zijn dat zij louter marginaal en bijkomstig zijn, buiten de definitie van werknerschap gelaten.⁷⁴ De Nederlandse definitie van de arbeidsovereenkomst stelt geen minimum aan de omvang van de arbeid, dus daar ligt in beginsel geen belemmering om een arbeidsovereenkomst aan te nemen.

Persoonlijk verrichten van arbeid versus de 'vrije vervanging'

Art. 7:659 BW bepaalt dat de werknemer verplicht is de arbeid zelf te verrichten en zich alleen met toestemming van de werkgever door een derde kan laten vervangen. Omgekeerd geredeneerd: een overeenkomst waarbij iemand zich vrij kan laten vervangen, zal niet snel als een arbeidsovereenkomst worden beschouwd.⁷⁵ Overigens kan ook een opdrachtovereenkomst zijn aangegaan met het oog op een bepaald persoon en ook in dat geval is de opdrachtnemer gehouden de opdracht zelf uit te voeren (art. 7:404 BW). Deze 'vrije vervanging' is een intrigerend criterium waaraan in de lagere rechtspraak vaak veel waarde wordt toegekend.⁷⁶ Intrigerend, omdat het criterium soms vermengd lijkt te worden met het element 'ondernemerschap' dat in de holistische wegging ook aan de orde komt, maar geen plek heeft in de definitie van de arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst. Leidt de vrije vervangbaarheid ertoe dat een werkende met zijn opdrachten anderen aan de slag kan houden (en daar ook nog iets aan over kan houden), dan zit daar een element

71 HR 15 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0174, NJ 1991/417 (*Casa Migrantes*), HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, NJ 2011/594, m.nt. Verhulp.

72 HR 29 oktober 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC0442, NJ 1983/230 (*Hesseling/De Ombudsman*).

73 Zie hierover Ter Weel e.a. 2018, p. 70-72.

74 HvJ EG 23 maart 1982, C-53/81, ECLI:EU:C:1982:105 (*Levin*), r.o. 15-18.

75 HR 13 december 1957, NJ 1958/35 (*Zwarthoofd/Het Parool*) waarin is geoordeeld dat geen sprake is van het persoonlijk verrichten van arbeid, indien een werkende zich bij al zijn werkzaamheden kan laten vervangen. Hij heeft zich dan niet verbonden tot het verrichten van arbeid.

76 Zie over dit criterium uitgebreid Said 2017, nr. 1 en, in het kader van platformwerk, Bartens 2019.

van ondernemerschap in en ligt een opdrachtovereenkomst voor de hand.⁷⁷ Een ander intrigerend element is dat ‘wezen voor schijn’ bij de vrije vervangbaarheid niet altijd op lijkt te gaan. Als het overeengekomen is, dan is het niet relevant of de werker zich ook daadwerkelijk laat vervangen.⁷⁸ Omgekeerd, als vervanging contractueel niet is toegestaan, maar het feitelijk toch gebeurt, dan oordeelt de lagere rechter in sommige gevallen dat van een verplichting om persoonlijk arbeid te moeten verrichten niet kan worden gesproken, omdat vervanging feitelijk wel gebeurt.⁷⁹ Een opmerkelijke anomalie in het arbeidsrecht, waar de feitelijke situatie toch meestal doorslaggevend is, waarop ook wel kritiek is.⁸⁰

De voorwaarden waaronder platformwerkers werken, bevatten vaak de bepaling dat geen verplichting bestaat de arbeid persoonlijk te verrichten en dat de werkende zich mag laten vervangen. Soms in het geheel zonder restricties, soms moet ook de vervanger voldoen aan een aantal basisvoorwaarden (bijvoorbeeld aangemeld zijn bij de applicatie, of een rijbewijs hebben). Dit onderwerp is aan de orde geweest in de *Deliveroo*-uitspraken⁸¹ en in de *Yodel*-uitspraak.⁸²

Om met die laatste te beginnen, tot aan deze uitspraak is het element ‘persoonlijk arbeid verrichten’ slechts zeer zijdelings in de Europese jurisprudentie over het werknemersbegrip aan de orde geweest.⁸³ In de *Yodel*-uitspraak is expliciet aan het Hof voorgelegd of de mogelijkheid tot vrije vervanging in het contract en in de feitelijke situatie in de weg staat aan het aannemen van werknemerschap. Het Hof laat het tweede deel van de vraag onbeantwoord en gaat daarmee niet in op de ‘wezen voor schijn’ vraag. Het Hof oordeelt dat Richtlijn 2003/88 eraan in de weg staat iemand als werknemer in de zin van die richtlijn te kwalificeren als diegene werkt op basis van een opdrachtovereenkomst waarbij het hem vrijstaat om:

- een vervanger of onderaannemer in te schakelen voor de diensten die hij op zich heeft genomen;
- taken die zijn vermeend werkgever hem vraagt te verrichten al dan niet te accepteren of daar een maximum aan te stellen;
- zijn diensten aan anderen, al dan niet concurrerend met de vermeend werkgever, aan te bieden; en

77 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686 (*PostNL*), waarin geoordeeld werd dat de pakketbezorger een opdrachtnemer was, mede omdat hij zoveel werk aannam dat hij daarmee anderen aan het werk kon houden en in feite een ‘businessmodel’ had gecreëerd.

78 HR 21 maart 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4919, NJ 1969/321, m.nt. Scholten (*Heger/Geïllustreerde Pers*).

79 Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230, r.o. 4.23 en Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81, r.o. 4.23, ook geciteerd in Said 2017.

80 Rapport Commissie Boot 2016, p. 22-23.

81 Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, JAR 2021/26, m.nt. Van der Neut, *AR-updates* 2021/171, m.nt. Bennaars, Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, JAR 2018/189, m.nt. Wiewel (*Ferwerda/Deliveroo*) en Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, JAR 2019/23, m.nt. Jovović & Zwemmer (*FNV/Deliveroo*).

82 HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288, JAR 2020/145, m.nt. S. Said (*Yodel*).

83 HvJ EG 14 december 1989, C-3/87 (*Agegate*), r.o. 36 en HvJ EU 10 september 2014, C-2017/13 (*Haralambidis*), r.o. 33; zie hierover Risak & Dullinger 2018, p. 42 en Bartens 2019.

- zijn eigen werktijden vast te stellen binnen zekere grenzen en zijn tijd in te delen op een manier die hem persoonlijk past en niet zozeer uitsluitend in het belang van de vermeend werkgever is,

met dien verstande dat de onafhankelijkheid van de betreffende werker niet fictief mag zijn en ten tweede dat er geen gezagsrelatie mag bestaan tussen de werker en de vermeende werkgever. Of dat het geval is, is aan de verwijzende rechter om vast te stellen, rekening houdend met alle relevante feiten en omstandigheden betreffende de werkende en de economische activiteit die hij uitvoert (r.o. 45). Ik wijs op de cumulatieve formulering: als aan *alle* vier de vereisten, waaronder het niet persoonlijk hoeven verrichten van de arbeid, is voldaan, dan kan sprake zijn van een opdrachtnemer. Het is niet eenvoudig te bedenken welke omstandigheden er dan nog toe kunnen leiden dat toch sprake is van een gezagsrelatie of een fictieve dienstbetrekking.⁸⁴

Het Hof Amsterdam constateert dat overeenkomsten op basis waarvan maaltijdbezorgers van Deliveroo werken, vervanging toestaan en, op basis van verklaringen van bezorgers, dat daar in de praktijk ook gebruik van wordt gemaakt.⁸⁵ Deliveroo heeft daarbij wel enige controle op de vervanging (identiteitsbewijs wordt gecontroleerd), en in de door Deliveroo voor de bezorgers gesloten verzekering staat vermeld dat deze verzekering tegen schade door een arbeidsongeval ook geldt voor vervangers, ongeacht of zij bij Deliveroo zijn aangemeld. De vervangingsmogelijkheid staat naar het oordeel van het Hof niet in de weg aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst, nu art. 7:659 BW die ruimte ook biedt. Ook in eerste aanleg kwam de kantonrechter tot die conclusie, langs iets andere weg. De kantonrechter nuanceert de contractuele vervangingsvrijheid, niet zo zeer door te kijken naar de feitelijke uitvoering, maar naar de vraag of vervanging een reële mogelijkheid is. De kantonrechter overweegt dat niet goed valt in te zien in welke gevallen het vervangen voor de maaltijdbezorger nuttig, wenselijk of handig kan zijn.⁸⁶

Het persoonlijk moeten verrichten van de arbeid is een kenmerk van de arbeidsovereenkomst, geen onderdeel van de definitie van art. 7:610 BW. Dat betekent mijns inziens dat de vrije vervangingsmogelijkheid zeker een relevant gezichtspunt kan zijn voor de kwalificatievraag, maar minder zwaarwegend dan de kernelementen uit art. 7:610 BW. Dit geldt evenzeer voor andere kenmerken van de arbeidsovereenkomst, zoals loondoorbetaling bij ziekte, doorbetaalde vakantie etc. De wijze waarop die rechten en verplichtingen zijn vormgegeven zijn relevant, maar zeker niet doorslaggevend.

De verplichting om arbeid te verrichten

Van de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten moet worden onderscheiden de vrijheid om al dan niet te komen werken. Die vrijheid sluit een arbeidsovereenkomst niet per se uit.⁸⁷ De verplichting om arbeid te verrichten vloeit voort uit de formulering van art. 7:610 BW: de werknemer *verbindt* zich arbeid te verrichten. Een (te) grote mate van

⁸⁴ Bennaars 2020.

⁸⁵ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, JAR 2021/26, m.nt. Van der Neut, AR-updates 2021/171, m.nt. Bennaars, r.o. 3.7.5.

⁸⁶ Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, JAR 2019/23, m.nt. Jovović & Zwemmer (FNV/Deliveroo), r.o. 38 en 39.

⁸⁷ HR 16 september 1994, NJ 1996/329, m.nt. Brunner (NN/Woudsend).

vrijblijvendheid om al dan niet te werken verdraagt zich niet goed met het karakter van de arbeidsovereenkomst. Het Hof Amsterdam komt tot het oordeel dat bezorgers een grote mate van vrijheid hebben om al dan niet te werken: zij kunnen zelf kiezen wanneer zij inloggen en, eenmaal ingelogd, een aangeboden bestelling weigeren. Deze omstandigheid, samen met de mogelijkheid om zich te laten vervangen, duidt op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst, maar is niet van dien aard dat een arbeidsovereenkomst daarmee onverenigbaar is, aldus het hof.⁸⁸ Kortom, in de gehele holistische weging valt dit aspect weg tegen de andere aspecten die wel op een arbeidsovereenkomst wijzen.

Opgemerkt moet worden dat de werkwijze van Deliveroo ten tijde van het hoger beroep anders is dan ten tijde van de eerste aanleg.⁸⁹ Toen werkte Deliveroo met een ander systeem, waarbij het inloggen gebonden was aan tijdsblokken die gereserveerd moesten worden. Het recht om vroeg te reserveren (en dus gunstige blokken te kunnen reserveren) kon worden verdiend door goede *ratings*. Ook kon, eenmaal ingelogd, een bestelling niet worden geweigerd. Onder meer dat systeem leidde in eerste aanleg tot de conclusie dat de vrijheid om wel of niet te werken op papier wel bestond, maar dat er in de praktijk juist druk was om veel te werken. De overwegingen van de kantonrechter op dit punt behouden hun waarde voor situaties waarin platformbedrijven vergelijkbare prikkels inbouwen. De overwegingen onderstrepen de kracht en de relevantie van 'zachte' prikkels en systemen. Uiteindelijk heeft het platform er voor het eigen bedrijfs- en winstmodel belang bij dat zoveel mogelijk werkenden beschikbaar zijn. Door dat te realiseren via het soort prikkels dat is omschreven in besproken uitspraken en in paragraaf 3.2 optimaliseert het platform die behoefte, zonder de kosten van de keerzijde (overbezetting) te dragen. Die kosten zijn voor de werkenden. Anders gezegd: het platform heeft het planningsrisico geëxternaliseerd. Dat kan worden gezien als innovatief ondernemerschap, maar de werkende kan dat risico moeilijk dragen. Platformwerkers werken regelmatig voor meerdere platforms om zo hun risico te spreiden, en voor veel werkenden is het platformwerk ook niet de enige of hoofdbron van inkomsten.⁹⁰ De werkende heeft hier wel een technologie- en informatieachterstand ten opzichte van het platform. De wijze waarop indirectere beïnvloeding een rol krijgt in de beoordeling van de arbeidsrelatie, zoals in de eerste *Deliveroo*-uitspraak, doet mijns inziens recht aan het bedrijfsmodel van meerderen platforms en zou ook kunnen worden toegepast op het gezagscriterium (zie hierover par. 4.5).

Een bijna terloopse opmerking van de kantonrechter in r.o. 28 van *FNV/Deliveroo* verdient nog aandacht: nu pas een verplichting tot bezorging ontstaat als de bezorging is toegewezen en door de bezorger is geaccepteerd, is in wezen sprake van een raamcontract met een uitgestelde prestatieplicht. Of dan in de uitspraak de uiteindelijke verrichte prestatie wordt gekwalificeerd of de raamovereenkomst, wordt niet expliciet gemaakt. De uiteindelijk toegewezen verklaring voor recht inhoudende dat 'de tussen Deliveroo en

88 Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, *JAR* 2021/26, m.nt. Van der Neut, *AR-updates* 2021/171, m.nt. Bennaars, r.o. 3.7.4 en 3.7.8.

89 Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, *JAR* 2019/23, m.nt. Jovović & Zwemmer (*FNV/Deliveroo*), r.o. 27-37.

90 Ter Weel e.a. 2020: 66% van de platformwerkers combineert het werk met ander betaald werk, figuur 3.5, en gemiddeld werken platformwerkers (work-on-demand-via-app) voor 1,6 platform, figuur 2.3.

haar bezorgers verklaarde rechtsverhouding, in afwijking van het schriftelijke contract, (nog steeds) is aan te merken als een arbeidsovereenkomst' duidt erop dat de raamovereenkomst wordt gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst. Laagland en Kloostera hebben uiteengezet dat dit in de Nederlandse rechtspraak niet gebruikelijk is, maar wel past bij het Europese werknemersbegrip.⁹¹ De consequentie van de conclusie dat het raamcontract een arbeidsovereenkomst is, is dat de regels met betrekking tot de oproepovereenkomst (zoals aangescherpt door de Wet arbeidsmarkt in balans) van toepassing zijn.⁹² Dit lijkt zich niet goed te verdragen met het bedrijfsmodel van Deliveroo, bijvoorbeeld als het gaat om art. 7:628a BW (uitbetaling van drie uur, ook bij een kortere oproep). Meer in het algemeen leidt de kwalificatie van de raamovereenkomst tot arbeidsovereenkomst ertoe dat een kenmerkend element van platformwerk, het ter beschikking hebben van een grote pool aan werkers die voor wachttijd niet worden betaald, minder goed uit de verf komt, gelet op de regels over oproepovereenkomsten.

3.4.4 Loon

Loon in het kader van art. 7:610 BW is hetgeen als bedongen tegenprestatie voor de arbeid door de werkgever aan de werknemer verschuldigd is of zal zijn.⁹³ De platformwerkers waar dit hoofdstuk op ziet werken niet om niet, zodat zeker sprake is van loon. De vraag is of de vergoeding voor de platformwerker *door het platform* verschuldigd is. Deze vraag is tot dusver in de verschillende uitspraken onderbelicht gebleven of vanwege de feiten niet aan de orde gekomen. Zoals in paragraaf 3.1 uiteengezet, kunnen er meerdere partijen betrokken zijn bij platformwerk. Het is niet altijd duidelijk hoe de contractuele verhoudingen liggen en hoe de betalingen lopen. Een constructie waarbij de eindafnemer (bijvoorbeeld de klant die goederen of een maaltijd heeft besteld) de contractspartij is en de vergoeding aan de bezorger verschuldigd is, zou er mijns inziens toe leiden dat niet gezegd kan worden dat het platform de tegenprestatie voor de arbeid verschuldigd is. Daarmee zou aan een van de kernelementen van de definitie immers niet zijn voldaan.

In de rechtspraak, bijvoorbeeld de *Deliveroo*-uitspraken, maar ook in andere kwalificatiezaken, komt wel aan de orde de wijze waarop het loon wordt betaald: via facturen, al dan niet onder het in rekening brengen van btw, etc. Deze modaliteiten zijn, net als de verplichting om persoonlijk arbeid te verrichten, aanwijzingen voor kenmerken die al dan niet bij de arbeidsovereenkomst passen, en zien mijns inziens niet zozeer op het kernelement 'loon' uit de definitie van art. 7:610 BW. Hetzelfde geldt voor de hoogte van het loon. Een vergoeding die beduidend hoger ligt dan hetgeen werknemers bijvoorbeeld op basis van de cao ontvangen kan een aanwijzing zijn dat sprake is van een opdrachtovereenkomst, omdat de werkende kennelijk heeft weten uit te onderhandelen dat de kosten (verzekeringen etc.) ook bij de vergoeding moeten worden betrokken. Maar nogmaals, dit ziet niet op het definitie-element van loon.

⁹¹ Laagland & Kloostera 2019.

⁹² Zie over de toepassing van de nieuwe regels over oproeparbeid op platformwerkers ook hoofdstuk 4 van dit boek.

⁹³ HR 18 december 1953, NJ 1954/242 (*Zaal/Gossing*) en HR 12 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3681, NJ 2001/635 (*Huize Bethesda*).

3.4.5 In dienst van

Al vaak is vastgesteld dat de toets of sprake is van een arbeidsovereenkomst of opdracht-overeenkomst, en dan vooral de beoordeling van het gezagscriterium, tot onzekerheid leidt.⁹⁴ Het gezagscriterium is vanaf de invoering van de definitie vaak onderwerp van geschil geweest.⁹⁵ Het gezagscriterium kan tot onzekerheid en onduidelijkheid leiden, omdat het een open begrip is dat moet worden beoordeeld aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval (casuïstisch) en in samenhang met andere elementen van de definitie van de arbeid. Het gaat dus om een holistische weg.

Van belang is dat de begrippen 'gezagsverhouding' en 'ondergeschiktheid' uit de wettelijke definitie zijn afgeleid.⁹⁶ In de wettelijke definitie staat '*in dienst van*', en dat begrip geeft ruimte om bij de beoordeling van het gezagscriterium niet alleen te kijken naar de concrete aanwijzingen of instructies, maar ook rekening te houden met de vraag of betrokkene structureel binnen een arbeidsorganisatie functioneert en wie het economisch risico van de arbeid draagt.⁹⁷ Die ruimte heeft de wetgever in 1907 overigens ook voor ogen gehad, zij het in twee afzonderlijke criteria ('in dienst' en 'gedurende een zekere tijd').⁹⁸ Het duurelement is onderdeel geworden van de beoordeling van het gezagscriterium. De Hoge Raad heeft in 1967 bepaald dat bij incidentele werkzaamheden de verplichting om bepaalde instructies op te volgen, geenszins het bestaan van een arbeidsovereenkomst mee hoeft te brengen.⁹⁹ Ook de modernere wetgever heeft een rol voor het criterium 'gedurende een zekere tijd' voor ogen gehad. Bij het invoeren van art. 7:610 BW is overwogen dat het criterium niet kan worden geschrapt, omdat het juist betekenis kan hebben in die gevallen waarin het gezagscriterium weinig reliëf heeft.¹⁰⁰

Het gezagscriterium is in de loop der tijd geëvolueerd van een absolute instructiebevoegdheid van de werkgever, via een onderscheid tussen een 'materieel' gezagscriterium (gericht op de inhoud van het werk) en een 'formeel' gezagscriterium (gericht op de organisatorische randvoorwaarden), naar een veelheid van factoren die bepalen of sprake is van een gezagsverhouding. Mijns inziens biedt juist dit open, aanpasbare karakter van de term '*in dienst van*' de mogelijkheid om rekening te houden met de specifieke werkwijze en bedrijfsmodellen van platforms. De arbeidsovereenkomst biedt al ruimte aan alle soorten arbeid: hooggeschoold, laaggeschoold, specialistisch, fysiek, kantoorwerk, creatieve arbeid, professionele sportbeoefening, etc. De vorm van het uitgeoefende gezag/de instructiebevoegdheid verschilt noodzakelijkerwijs per type arbeid. Inhoudelijke aanwijzingen ten

94 Zonder volledig te zijn wijs ik op: SER-advies 10/04, IBO 2015, Rapport Commissie Boot 2016; Flier 2017.

95 Zie voor een analyse van oudere jurisprudentie Jansen & Loonstra 1997.

96 *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, 3, p. 13-14.

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

98 Bles 1907, deel II, p 313-314 en 320-321 (MvT) en 326 (MvA). Opvallend is dat het criterium 'in dienst van' onderscheidend werd geacht ten opzichte van de aanneming van werk en niet ten opzichte van de (toen nog) overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Daarvoor was het onderscheidend criterium het duurrecriterium.

99 HR 17 november 1967, *NJ* 1968/163, m.nt. Hijmans van den Bergh (*Elout/Den Hollander*). Zie ook CRvB 15 december 1993, RSV 1994/169 (*Kuikenvangers*).

100 *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, 3, p. 14.

aanzien van het werk zullen niet snel aan de orde zijn bij specialistisch werk, werk dat een grote autonomie vraagt, of bij taken die juist dermate eenvoudig zijn dat inhoudelijke aanwijzingen niet aan de orde zijn. In die gevallen kan toch een gezagsverhouding worden aangenomen als sprake is van meer formeel gezag, maar dat hoeft niet. De wijze waarop gezag wordt uitgeoefend verandert ook. Denk aan zelfsturende teams, agile werken of aan targetgerichte bonusplannen die tot doel hebben productie op te stuwten.

Naast het argument dat het gezagscriterium al ruimte biedt aan meerdere varianten van gezag, zie ik ook een argument in hetgeen A-G Szpunar al signaleerde in zijn conclusie voor *Elite Taxi/Uber*:¹⁰¹ de wijze waarop (in dit geval) Uber controle uitoefent, is misschien nog wel effectiever dan de klassieke instructiebevoegdheden van werkgevers. Dit in combinatie met de prikkels die de vrijheid om niet te werken (zie paragraaf 4.3) toch wat illusoir maken, kan ertoe leiden dat de facto de dagelijkse gang van zaken niet veel verschilt van het werken onder een arbeidsovereenkomst. Dat geldt nog meer als de werkende weinig mogelijkheden heeft om zijn ondernemerschap uit te oefenen of marktgedrag te bepalen en als het ware deel uitmaakt van een geïntegreerde dienst. Ook dat is, mijns inziens, een aanwijzing dat de werkende in dienst is van het platform.¹⁰²

Het Hof Amsterdam toetst in de *Deliveroo*-zaak het brede criterium ‘in dienst van’ en besteedt relatief weinig aandacht aan de instructie- en aanwijzingsbevoegdheid. De aard van de werkzaamheden, het ophalen en bezorgen van voedsel, zijn van dien aard dat daarvoor weinig aanwijzingen nodig zijn, zodat de mate waarin die aanwijzingen worden gegeven weinig zegt over het bestaan van een arbeidsovereenkomst, aldus het hof in r.o. 3.9.2-3.9.3. Het hof gaat vooral in op de vraag of de werkzaamheden plaatsvinden in het kader van ‘gewone bedrijfsarbeid’ of ‘kernactiviteit’, hetgeen kan duiden op een arbeidsrelatie. Deze benadering is redelijk nieuw voor een civiele toets, en sluit aan bij hetgeen A-G De Bock in haar conclusie voor het arrest *X/Amsterdam* naar voren heeft gebracht.¹⁰³ Als deze invalshoek door de Hoge Raad in stand wordt gelaten, dan wordt de rechtspraak over de aard van het platform relevanter voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie tussen het platform en de werkende.

Ook in de uitspraak over schoonmaakplatform Helpling is de gezagsrelatie aan de orde geweest.¹⁰⁴ Helpling voorziet huishoudens van een huishoudelijke hulp. Huishoudens en schoonmakers maken een profiel aan in de applicatie en kunnen elkaar daar vinden. Als huishouden en schoonmaker elkaar gevonden hebben, blijven de afspraken via Helpling lopen en het platform blijft, kort gezegd, verdienen aan de afspraken. Een werkende is samen met FNV een procedure begonnen over de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen haar en het platform. De rechtbank oordeelt dat dat niet het geval was, omdat een gezagsrelatie ontbreekt. De werkende kan de werkzaamheden naar eigen inzicht invullen, bepaalt zelf het tarief en dient de instructies van het huishouden op te volgen.

101 HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain SL*), conclusie A-G Szpunar 11 mei 2017 (ECLI:EU:C:2017:364). Zie ook de korte schetsen over gedragsbeïnvloeding via nudging in paragraaf 3.2.

102 Zie hierover uitgebreid Bennaars & Grosheide 2019, paragraaf 3.2.

103 Nr. 9.71, conclusie 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698.

104 Rb. Amsterdam 1 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:20194546, *JAR* 2019/171, m.nt. Pronk (*FNV/Helpling*).

Het platform faciliteert slechts, aldus de rechtbank in r.o. 13. Overtuigender vind ik dat uit het gehanteerde stelsel van algemene voorwaarden blijkt dat tussen het huishouden en de werkende een arbeidsovereenkomst onder de Regeling dienstverlening aan huis tot stand komt. Dat dat door Helpling wordt bepaald is opmerkelijk, maar deze wijze van contracteren sluit wel aan bij de bestaande praktijk in huishoudelijke dienstverlening buiten platforms om. Helpling is dus een bemiddelaar. Zie hierover de volgende paragraaf.

3.4.6 Driehoeksverhoudingen

De voorgaande paragrafen gingen over art. 7:610 BW, een tweepartijenverhouding. Bij platformwerk zijn echter altijd ten minste drie partijen betrokken en in sommige gevallen is het de vraag of geen sprake is van arbeidsbemiddeling of terbeschikkingstelling/uitzending.¹⁰⁵ Ik bespreek dit aan de hand van de in de vorige paragraaf geïntroduceerde *Helpling*-uitspraak.

In paragraaf 3.3 is al stilgestaan bij de kwalificatie van sommige platforms als bemiddelaar in de zin van verplichtstellingsbesluiten of cao's. Als geconstateerd moet worden dat een platform een bemiddelaar is, dan is de eerste logische gedachte om te beoordelen of sprake is van arbeidsbemiddeling in de zin van de Waadi. Art. 1 lid 1 sub b Waadi definieert arbeidsbemiddeling als: dienstverlening (i) in de uitoefening van beroep of bedrijf (ii) ten behoeve van een werkgever, een werkzoekende of beiden, inhoudende (iii) het behulpzaam zijn bij het zoeken van arbeidskrachten of arbeidsgelegenheden, (iv) waarbij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst (of ambtelijke aanstelling) wordt beoogd. Het enkel openbaar maken van gegevens betreffende werkzoekenden of van beschikbare arbeidsplaatsen geldt niet als arbeidsbemiddeling (art. 1 lid 2 Waadi). Is het platform louter een prikbord, dan speelt de Waadi dus geen rol. Als wel sprake is van arbeidsbemiddeling in de zin van de Waadi, dan is het belangrijkste gevolg dat géén tegenprestatie van de werkzoekende bedongen mag worden (art. 3 lid 1 Waadi). In de *Helpling*-uitspraak oordeelt de rechter dat van arbeidsbemiddeling sprake is en dus geen vergoeding van de werkende kan worden gevraagd. Enigszins in lijn met de in paragraaf 3.3 besproken uitspraken overweegt de rechtbank in r.o. 21 dat Helpling zich zo actief met de (totstandkoming, inhoud en uitvoering van de) arbeidsovereenkomst tussen huishouden en werker bemoeit dat van bemiddeling sprake is.

Een ander twistpunt is nog geweest of sprake is van terbeschikkingstelling in de zin van de Waadi. Daarvan is sprake als arbeidskrachten tegen een vergoeding ter beschikking worden gesteld aan een ander, alwaar zij werkzaamheden uitvoeren onder toezicht en leiding van die ander, anders dan krachtens een met deze ander gesloten arbeidsovereenkomst (art. 1 lid 1 onder c). Dit stuit af op de arbeidsovereenkomst die met het huishouden wordt gesloten. zodat aan het laatste deel van de definitie niet is voldaan.

Er zijn platforms waarbij terbeschikkingstelling wel aan de orde zou kunnen zijn. Gedacht kan worden aan platforms die de detailhandel of horeca voorzien van personeel. Door de werkenden als zzp'ers te profileren beogen deze platforms in feite aan arbeidsbemiddeling

¹⁰⁵ Zie hierover uitgebreid Verhulp 2018.

voor zelfstandigen te doen. Die vorm van arbeidsbemiddeling is niet geregeld in de Waadi; daarvoor is immers nodig dat een arbeidsovereenkomst ontstaat. Aan terbeschikkingstelling of uitzending wordt evenmin makkelijk toegekomen omdat er – volgens de constructie – geen leiding en toezicht is door de ander (de winkel of het horecabedrijf), nu de werkende zelfstandige is. Dit lijkt mij in veel gevallen een constructie waar doorheen gekeken zou moeten worden.

3.5 Hoe verder? Beleids- en wetgevingsinitiatieven en een afronding

De kwalificatie van de rechtsrelatie tussen platform en platformwerker is nog geen rustig bezit. Terwijl de rechtsontwikkeling via de jurisprudentie gestaag voortgaat, zitten overheden niet stil.

Europa

Het Europese beleid, dat als altijd een balans zoekt tussen de markt en de sociale bescherming, lijkt twee sporen te volgen. Enerzijds wordt ingezet op het tegengaan van schijnzelfstandigheid in het algemeen, waar ook sommige platformwerkers van kunnen profiteren. Zie bijvoorbeeld de Europese Agenda voor de deeleconomie waarin de Europese Commissie aandacht besteedt aan het onderscheid zelfstandige-werknemer en vaststelt dat de jurisprudentie van het Europese Hof over het werknemersbegrip ook toegepast kan worden op platformwerkers.¹⁰⁶ Platformwerkers worden ook vaker benoemd in de categorie 'non-standard' workers, zie bijvoorbeeld de Richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden.¹⁰⁷ In de preambule wordt overwogen dat platformwerkers onder de werking van de richtlijn vallen als zij voldoen aan de criteria van werknemerschap zoals door het Hof geformuleerd. Een open deur, maar het geeft wel aan dat platformwerkers op de kaart staan als categorie.

Anderzijds wordt gestreefd naar een ruimere sociale bescherming voor die zelfstandigen die zich in een enigszins afhankelijke positie bevinden. Dit is goed te zien in het voorstel voor een raadsaanbeveling dat de Europese Commissie in 2018 heeft gedaan. Daarin wordt aanbevolen om sociale bescherming uit te breiden naar zelfstandigen. Het gaat dan om onder meer uitkeringen in het geval van vaderschap/moederschap, van werkloosheid, ziekte, arbeidsongevallen en ouderdom.¹⁰⁸ Daarmee wordt dus niet ingezet op het brengen van alle werkenden (inclusief platformwerkers) onder de arbeidsovereenkomst (voor zover ze daar niet al onder vallen), maar op het verkleinen van de verschillen in sociale

¹⁰⁶ Mededeling van de Commissie van 2 juni 2016 aan het Europese Parlement, de Raad, het Europese Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Een Europese agenda voor de deeleconomie, (COM(2016)356def), SWD(2016)184def, waarin vooral veel wordt opgeroepen tot evaluatie en onderzoek ook op het niveau van de lidstaten.

¹⁰⁷ Overweging 8 van de preambule bij Richtlijn 2019/1152 van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie. De richtlijn is op 31 juli 2019 in werking getreden. De lidstaten moeten de richtlijn voor 1 augustus 2022 implementeren.

¹⁰⁸ Europese Commissie, *Voorstel voor een Raadsaanbeveling over toegang tot sociale bescherming voor werknemers en zelfstandigen*, COM(2018)132 def, eind 2019 in de onderhandelingsfase bij de Raad. Zie art. 8 en 9.

bescherming.¹⁰⁹ Een andere vorm van door Europa gecreëerde bescherming voor platformwerkers die als zelfstandigen kwalificeren is Verordening 2019/1150¹¹⁰ waarin gepoogd wordt de ongelijkheid, vooral op het gebied van informatie en algemene voorwaarden tussen platforms en de zakelijk gebruikers (dus ook zelfstandige ondernemers die werken voor de platforms die in het hoofdstuk centraal staan), te compenseren. De verordening voorziet in bepalingen over de wijziging van algemene voorwaarden over beëindiging van het contract (er moet een reden gegeven worden en een opzegtermijn in acht worden genomen) en in bepalingen over transparantie ten aanzien van de ratings en de data. De evaluatiebepaling bepaalt uitdrukkelijk dat moet worden gezien of verordening niet juist bevordering van schijnzelfstandigheid in de hand werkt.

Ten slotte hebben de Europese sociale partners in juni 2020 een Raamovereenkomst met betrekking tot digitalisering¹¹¹ gesloten en zijn zij ook op grond van art. 154 VWEU uitgenodigd door de Europese Commissie om hun visie te geven op de vraag of er Europese regelgeving moet worden gerealiseerd voor platformwerk.¹¹²

Nederland

Het standpunt van de regering ten aanzien van platformarbeid is lang geweest dat platforms de ruimte moeten krijgen, maar zich – uiteraard – moeten houden aan bestaande regelgeving. Ook wordt benadrukt dat oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden niet de bedoeling is en wordt gewezen op de meer algemene problematiek van schijnzelfstandigheid en de maatregelen die in dat kader worden genomen of voorbereid.¹¹³ Daarin lijkt een zekere kentering gekomen. Zo wordt in de vijfde voortgangsbrief 'Werken als zelfstandige' de wens geuit om de arbeidsmarktpositie van werkenden in de platformeconomie te versterken, meer in het bijzonder ingeval sprake is van bemiddeling van zelfstandigen door te onderzoeken of de Waadi toepassing kan vinden.¹¹⁴ In de kabinetsreactie op het rapport van de Commissie Regulering van werk en het rapport 'Het Betere Werk' van de WRR is dit idee weer verlaten, onder meer omdat niet in alle gevallen platformwerk een driehoeksrelatie is, zodat niet alle platformwerkers hier baat bij zouden hebben. In de gevallen waarin wel sprake is van een driehoeksverhouding, zou toepassing van de Waadi weinig verbetering in de arbeidsvoorwaarden bieden. De regering oppert een oplossing 'in de sfeer van de arbeidsovereenkomst' en kondigt aan de mogelijkheden voor een rechtsvermoeden ten behoeve van platformwerkers te onderzoeken.¹¹⁵

109 Vgl. Commissie Regulering van werk, *In wat voor land willen wij werken?*, Den Haag: januari 2020, p. 78 e.v.

110 Verordening van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten; zie hierover Felderhof & Rozenbroek 2019.

111 BusinessEurope, SMEUnited, CEEP en ETUC (inclusief EUROCARES/ CEC), European Social Partners Framework Agreement on Digitalisation, 20 juni 2020, te kennen via <https://www.etuc.org/en/pressrelease/eu-social-partners-reach-agreement-digitalisation>.

112 Europese Commissie, *Consultation Document First phase consultation of social partners under article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work*, 24 februari 2021, C(2021) 1127 final.

113 Zie bijvoorbeeld de brief waarin wordt gereageerd op Ter Weel e.a. 2018: *Kamerstukken II* 2017/18, 29544 en 33009, nr. 837.

114 *Kamerstukken I* 2019/20, 35074, nr. T, p. 16-17.

115 *Kamerstukken II* 2020/21, 29544, nr. 1028, p. 15-17. Zie in bredere zin over het introduceren van nieuwe rechtsvermoedens Van Steenberghe & Wits 2020.

De vraag is hoe een nieuw rechtsvermoeden zich verhoudt tot het bestaande rechtsvermoeden van art. 7:610a BW, dat niet een heel succesvol bestaan leidt. Daarnaast blijft bij een civiel rechtsvermoeden het probleem bestaan dat voor de fiscaliteit en de sociale zekerheid vooraf duidelijkheid moet bestaan over de aard van arbeidsrelatie, terwijl in de civiele kwalificatievraag relevant blijft hoe partijen daadwerkelijk met elkaar werken. Het is verder de vraag of het zinvol en gerechtvaardigd is om een onderscheid in rechtsbescherming te maken tussen schijnzelfstandigen die wel en schijnzelfstandigen die niet voor een platform werken. Vergelijk bijvoorbeeld de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam inzake *Helpling* met de Rotterdamse uitspraak over een kinderoppasbedrijf dat bemiddelt zonder platform te zijn.¹¹⁶

Ter afsluiting

Hoewel in de meeste landen en bij het Europese Hof van Justitie nog regelmatige geprocedeerd wordt over de vraag of een werkende in de platformeconomie werknemer, opdrachtnemer of een tussencategorie is, is de karavaan voor wat betreft de platformwerker inmiddels ook weer verder getrokken. Er wordt in de academische literatuur en op beleidsniveau steeds vaker nagedacht over de vraag hoe de verschillende uitdagingen, anders dan de kwalificatievraag die ‘platformisering’ met zich brengt,¹¹⁷ het hoofd kan worden geboden, ook als de platformwerkers geen werknemers blijken te zijn. Ergens zijn we van de bescherming van de arbeider (het ‘entreebiljet’ van Asscher-Vonk¹¹⁸) naar de regulering van de werkende gegaan (het ‘verzetten van de bakens’ door de Commissie Regulering van werk¹¹⁹). Het is de vraag of het een semantische discussie betreft, staat voor een andere techniek van bescherming toekennen aan werkenden of misschien zelfs nog fundamenteler is en raakt aan de vraag welke beginselen aan het arbeidsrecht ten grondslag liggen. Zijn dat bestaande beginselen, zoals ongelijkheidscompensatie en ordening, of nieuwere beginselen zoals de ‘capability approach’: het arbeidsrecht moet bewaken of zelfs bewerkstelligen dat ieders mogelijkheden zoveel mogelijk worden ontwikkeld en tot hun recht komen?¹²⁰

Tegen deze achtergrond is het nuttig te bedenken wat de rol van de kwalificatie van de rechtsverhouding is. Hierbij moeten doel en middel uit elkaar worden gehouden. Het doel van arbeidsrecht of de regulering van werk hangt samen met de hierboven genoemde beginselen en is uiteindelijk altijd (mede) gelegen in het compenseren van een ongelijke onderhandelingspositie en het ordenen van onzelfstandige arbeid. Het middel is de wijze waarop dat wordt gerealiseerd. Tot op heden is dat door via wet- en regelgeving vrijwel alles aan het bestaan van de arbeidsovereenkomst op te hangen, door fiscale maatregelen te treffen die afhangen van de contractvorm en door een aantal onderwerpen expliciet bij sociale partners neer te leggen.

116 Rb. Amsterdam 1 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4546, *JAR* 2019/171 (*FNV/Helpling*) en Rb. Rotterdam 30 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7877, *JAR* 2020/245, m.nt. Grosheide (*Nanny*).

117 Zie bijvoorbeeld Prassl 2018, p. 55-58 over management door een algoritme en de gevolgen daarvan.

118 Asscher-Vonk 1995.

119 Rapport Commissie Regulering van werk 2020.

120 Fudge 2011, p. 120-136 en N. Zekić, ‘The Normative Framework of Labour Law’, *Law and Method*, september 2019, die uitgebreid ingaat op de grondslagen van het arbeidsrecht.

Mijns inziens worden in het huidige debat rondom de kwalificatie van de arbeidsrelatie doel en middel vaak verward. Werknemers worden niet beschermd *omdat* zij een arbeidsovereenkomst hebben. Werknemers worden beschermd omdat de wetgever vond dat economisch afhankelijke werkers beschermd moeten worden *en dat het het meest efficiënt was om dat via de arbeidsovereenkomst te regelen*, omdat vrijwel alle onzelfstandige werkers destijds op die contractbasis werkten. Het is niet uitgesloten dat aansluiten bij de arbeidsovereenkomst niet meer de meest efficiënte wijze is om onzelfstandige werkenden bescherming te bieden of dat deel van de arbeidsmarkt te ordenen. Zie in dat kader de adviezen van de commissie-Borstlap om de verschillen tussen werknemers en opdrachtnemers te verkleinen.¹²¹

Om de hoofdvraag van dit hoofdstuk te beantwoorden: naar mijn oordeel volstaat de definitie in art. 7:610 BW nog steeds om te bepalen of sprake is van een arbeidsovereenkomst, zeker na het *Gemeente Amsterdam*-arrest en indien de rechter ruimte geeft aan de nieuwe manieren van controle uitoefenen zoals nudging, bij het beoordelen van de rechtsrelatie. Dat betekent niet dat de keuze om zoveel sociale bescherming op te hangen aan de arbeidsovereenkomst nog steeds de beste en meest efficiënte keuze is. Het is goed denkbaar dat er meer contractneutrale arbeidsrechtelijk bescherming komt die niet afhangt van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, maar dat betekent niet dat de definitie ondeugdelijk is.

121 Rapport Commissie Regulering van werk 2020, p. 78.

Arbeidsrechtelijke bescherming van platformwerkers met meerdere banen

Nuna Zekić

4.1 Inleiding

Een van de belangrijkste kenmerken van het werken in de platformeconomie is de (beloofde) flexibiliteit. Waar het in de 'traditionele economie' gebruikelijk is dat de werknemer zich verbindt in dienst van één werkgever (voor enige tijd) arbeid te verrichten in ruil voor loon, vinden werkenden in de platformeconomie werk of 'klussen' via digitale platforms. Sommige platformwerkers zijn via één of meerdere platforms aan het werk, andere platformwerkers combineren hun platformbaan met een (deeltijd) baan in loondienst. Platformwerkers hebben niet zelden meerdere werkgevers, opdrachtgevers of een mix daarvan. Een meerderheid van de platformwerkers geeft aan het werk via het platform te combineren met ander betaald werk.¹ Het combineren van meerdere banen of het combineren van werken in loondienst met werk als zelfstandige wordt ook wel *multi-jobbing* genoemd.

In de literatuur wordt erkend dat multi-jobbing zogenoemde *stapelrisico's* met zich brengt op het gebied van belasting van de werknemer.² Multi-jobbing kan positief, maar ook negatief uitpakken, bijvoorbeeld voor de werk-privébalans van de werknemer. Ook arbeidsrechtelijk is het combineren van banen niet probleemloos.³ Een van de eerste vragen die naar boven komt, is hoe het zit met de naleving van de Arbeidstijdenwet- en regelgeving. Wanneer een werknemer nevenwerkzaamheden ontplooit, kan dat problemen opleveren voor de werkgever. Veel werkgevers willen bijvoorbeeld voorkomen dat de werknemer de normen uit de Arbeidstijdenwet overtreedt, maar soms ook dat de werknemer de kennis en ervaring die hij bij de werkgever opdoet, gebruikt om hem te beconcurreren. In individuele en collectieve overeenkomsten worden daarom vaak beperkingen gesteld aan het uitoefenen van nevenwerkzaamheden.⁴ In hoeverre kunnen er (contractuele) beperkingen worden gesteld aan het combineren van banen, mede gezien het feit dat Nederland het recht op vrije arbeidskeuze in de Grondwet heeft erkend?⁵ Daarnaast kunnen werknemers problemen ondervinden wanneer twee werkgevers tegelijk loyaliteit

1 Ter Weel e.a. 2020, p. 11.

2 Kraan en Verbiest 2019, p. 18.

3 De Wolff 2014.

4 Zie bijvoorbeeld Van Drongelen & Lacroix 2012.

5 Art. 19 lid 3 Grondwet. Zie hierover Houwerzijl & Zekić 2021.

en beschikbaarheid verwachten. Afspraken maken over werkroosters, vakanties, overwerk et cetera is complexer als meerdere 'heren' gediend moeten worden.⁶

Er is veel discussie over de vraag of een platformwerker een arbeidsovereenkomst heeft met het platform waarvoor hij werkt.⁷ Dit is ook een van de belangrijkste hedendaagse vragen rondom platformwerk. Een arbeidsovereenkomst komt immers met een (uitgebreide) arbeidsrechtelijke bescherming, zoals het recht op een minimumloon et cetera. Als de platformwerker eenmaal door die toegangspoort heen is gekomen, kunnen er echter nog steeds knelpunten of problemen zijn, zeker wanneer de platformwerker meerdere banen of opdrachten heeft. Deze arbeidsrechtelijke knelpunten zijn tot nu toe weinig in de literatuur uitgediept. Deze bijdrage heeft als doel de arbeidsrechtelijke knelpunten bij platformwerkers met meerdere werkgevers te verkennen en te analyseren.

In deze bijdrage wordt in principe uitgegaan van een platformwerker die een arbeidsovereenkomst heeft met één of meerdere platform(s). Daarbij is ook aandacht voor de zogenoemde hybride platformwerker, een platformwerker die naast zijn arbeidsovereenkomst werkzaam is als zelfstandige, al dan niet via een platform. Het bereik van het arbeidsrecht is ruim en kan in sommige gevallen ook zien op arbeidsrelaties die niet gebaseerd zijn op een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst. Ook het werken als zelfstandige wordt hier dus in aanmerking genomen. Toch ligt de nadruk op werknemers met meerdere werkgevers, ter wille van de overzichtelijkheid.⁸

Eerst wordt het verschijnsel van het combineren van banen besproken en worden de problemen die dan kunnen ontstaan, kort verkend (par. 4.2). Daarna wordt dieper ingegaan op de problemen die kunnen spelen wanneer men banen combineert om financieel rond te kunnen komen. Daartoe wordt onderzocht wat de ontwikkelingen zijn op het gebied van beloning van 'multi-jobbers' (par. 4.3). Vervolgens wordt verkend wanneer en onder welke voorwaarden werknemers door hun werkgever kunnen worden beperkt om banen te combineren ofwel om nevenwerkzaamheden te verrichten (par. 4.4). Daarna komen de arbeids- en rusttijden bij het combineren van (platform)werk aan bod (par. 4.5), gevolgd door een beschouwing van werk- en privébalans in relatie tot platformwerk (par. 4.6). In paragraaf 4.7 worden conclusies getrokken.

4.2 Combinatiebanen

Er zijn werkenden die hun inkomen uit werk verdienen door meerdere 'banen' te combineren. Daaronder wordt verstaan het combineren van twee banen in loondienst, werken in loondienst en als zelfstandige, of het combineren van verschillende werkzaamheden als zelfstandige. Dit valt onder de brede verzamelterm *combinatiebanen* die in een recente

⁶ SER 2018, p. 68.

⁷ Zie hierover hoofdstuk 3 van dit boek.

⁸ De vragen welke bescherming het arbeidsrecht biedt en welke bescherming uit het privaatrecht vloeit, zouden anders steeds door elkaar lopen. Of en in hoeverre platformwerkers bescherming kunnen ontlenen aan de gewone privaatrechtelijke regelingen wordt behandeld in hoofdstuk 6 van dit boek.

verkenning door de Sociaal-Economische Raad (SER) wordt gebruikt.⁹ Ook voor zelfstandigen gebruikt de SER de term 'banen', waarschijnlijk naar het Engelse *job* dat verwijst naar betaalde werkzaamheden die men min of meer structureel doet om een inkomen te verdienen. Er hoeft dus geen sprake te zijn van een arbeidsovereenkomst. In de literatuur worden ook andere termen gebruikt, zoals multi-jobbing, hybride banen en stapelbanen. De Wolff spreekt van 'hybride werknemerschap' wanneer een werknemer in loondienst werkt en daarnaast zelfstandig ondernemer is.¹⁰ Die term wordt in deze bijdrage ook gebruikt, net als de meer algemene term 'multi-jobbing'.

Het aantal mensen dat banen combineert groeit de laatste decennia langzaam maar gestaag. De cijfers uit 2014 laten zien dat in Nederland ongeveer 9% van alle werkenden banen combineren.¹¹ Dat het 'stapelen' van banen toeneemt, komt niet alleen door de groei van zelfstandigen. Ook het aantal *werknemers* met combinatiebanen is in de afgelopen jaren toegenomen: in 2017 had 6,2% van de werknemers meerdere banen; in 2007 was dat 4,9%.¹² Wanneer we ook werk als zelfstandige in aanmerking nemen, blijkt dat in 2015 10,2% van de werkenden meerdere betaalde 'banen' had in Nederland. Onder werknemers met een flexibel contract komt het combineren van banen vaker voor dan onder werknemers met een vast contract. Bovendien geldt: hoe kleiner de (eerste) baan, hoe groter de kans is dat men meerdere banen heeft. Ook vrouwen en jongeren hebben relatief vaak combinatiebanen.¹³

In de literatuur worden twee hoofdredenen onderscheiden voor het hebben van meerdere banen.¹⁴ De eerste is dat mensen meer geld nodig hebben en dus meer uren moeten maken om financieel rond te kunnen komen. In dat geval is het hebben van meerdere banen eerder een noodzaak dan een keuze. Onderzoek laat zien dat financiële overwegingen de belangrijkste reden zijn voor het hebben van meerdere banen.¹⁵ De tweede reden is dat werknemers naast hun (hoofd)baan andere interessante werkzaamheden verrichten om meer afwisseling en ontwikkeling in het werk te vinden.¹⁶

Uit recent onderzoek blijkt dat multi-jobbers in Nederland een aanzienlijk lager (uur- of maand)loon verdienen dan degenen die één baan hebben; daarnaast hebben multi-jobbers gemiddeld een lager netto huishoudinkomen.¹⁷ De SER ziet dan ook met name knelpunten bij mensen die zijn aangewezen op lager betaald werk en werk dat beschikbaar is in kleine deeltijdbanen. Deze mensen moeten vaak verschillende banen combineren om rond te komen. Daarbij gaat het hier vaak om banen met onregelmatige uren, waardoor ze vaak en lang beschikbaar moeten zijn voor werk. De SER adviseert om voor deze mensen 'de combinatie van werk tot één (fulltime) baan gemakkelijker mogelijk te maken'.¹⁸

9 SER 2018. De minister van SZW heeft de SER gevraagd hier onderzoek naar te doen.

10 De Wolff 2014.

11 SER 2018, p. 11.

12 Kraan en Verbiest 2019, p. 18.

13 Zie bijvoorbeeld Conen 2020, p. 30-33.

14 Huiskamp, Sanders & Van den Bossche 2011, p. 156-174.

15 Zie bijvoorbeeld Conen 2020, p. 33.

16 Zie bijvoorbeeld Kraan en Verbiest 2019, p. 18.

17 Conen 2020, p. 30.

18 SER 2018, p. 82-83.

Ook de mogelijkheden om de arbeidsomvang uit te breiden kunnen echter belangrijk zijn voor werknemers met kleine deeltijdbanen. De Wet flexibel werken (Wfw) geeft de werknemer de mogelijkheid om de werkgever te vragen om aanpassing van de arbeidsduur, arbeidsplaats of werktijd, indien de werknemer ten minste 26 weken voorafgaand aan het beoogde tijdstip van ingang van die aanpassing in dienst is bij die werkgever, behoudens onvoorziene omstandigheden.¹⁹ De werkgever dient het verzoek in te willigen, tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich daartegen verzetten.²⁰ Vermeerdering van de arbeidsduur is alleen mogelijk binnen de eigen functie van de werknemer.²¹ Indien de werkgever het verzoek niet inwilligt, moet hij schriftelijk opgave van de redenen geven.

Het bovenstaande gaat over het combineren van werk in het algemeen. Onderzoekers leggen echter een expliciete link tussen de opkomst van de gig-economie en multi-jobben. De opkomst van de 'gig economy', werk als zelfstandige en het brede scala aan atypische werkvormen zouden samengaan met een toename van multi-jobbing.²² Er zijn dan ook indicaties dat onder platformwerkers multi-jobben vaak voorkomt. Een meerderheid (66%) van de platformwerkers in Nederland geeft aan het werk via het platform te combineren met ander betaald werk; daarvan heeft 76% van de gevallen een arbeidsovereenkomst en 20% van de gevallen werkt als zzp'er of freelancer.²³ Een recent Deens onderzoek naar platformwerk laat een vergelijkbaar beeld zien: in 2019 combineerde 64% van degenen die actief waren op een arbeidsplatform hun online activiteiten met een conventionele baan, terwijl in 2017 dit 49% was.²⁴ Volgens de onderzoekers is dit ook logisch, aangezien het inkomen dat gemiddeld via platformwerk verdiend wordt nog steeds erg laag is. Er is, met andere woorden, een noodzaak voor een andere inkomstenbron. Degenen die platformwerk gebruiken als een aanvulling op een andere inkomstenbron rapporteren ook (veel) tevredener te zijn met platformwerk dan degenen die afhankelijk zijn van platformwerk als belangrijkste inkomstenbron.²⁵ Uit het Deense onderzoek blijkt voorts dat multi-jobbing voorkomt op platforms, zoals Uber en Deliveroo, waar het gaat om arbeidsintensieve diensten. De onderzoekers noemen dit *labour platforms* (arbeidsplatforms). Het zijn met name jongeren en laagopgeleiden die via dit soort platforms werk vinden. Wanneer men echter kijkt naar wat de onderzoekers noemen '*capital platforms*' – platforms waar privébezit wordt uitgeleend of verhuurd, zoals Airbnb –, dan is het percentage multi-jobbers zelfs hoger: 76% van degenen die actief zijn op kapitaalplatforms had in 2019 daarnaast een traditionele baan. Op deze kapitaalplatforms is juist een andere groep actief; het gaat met name om ouderen en hoger opgeleiden.²⁶ Het feit dat verschillende platforms verschillende groepen aantrekken, leidt er volgens de onderzoekers toe dat online inkomen in combinatie met traditionele banen de segmentatietendensen op de conventionele arbeidsmarkt versterkt.

19 Art. 2 lid 1 Wfw.

20 Art. 2 lid 5 jo. lid 10 Wfw.

21 E. Verhulp, T&C Arbeidsrecht, commentaar op art. 2 Wfw.

22 Conen 2020, p. 5.

23 Ter Weel e.a. 2020, p. 11.

24 Ilsøe, Larsen & Bach 2021, p. 11.

25 Schor e.a. 2020.

26 Ilsøe, Larsen & Bach 2021, p. 13.

4.3 Beloning van multi-jobbers

Voor zover platformwerkers een dienstbetrekking hebben met het platformbedrijf²⁷ hebben zij recht op een minimumloon. Het wettelijk voorgeschreven minimumloon is een zeer belangrijk onderdeel van de arbeidsrechtelijke bescherming: het dient om een sociaal aanvaardbaar bestaan te garanderen voor werkenden. Gaandeweg is de nadruk steeds meer komen te liggen op een neven doel van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML), namelijk het tegengaan van oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden.²⁸ Zelfstandigen hebben geen wettelijk recht op een minimumbeloning. Het voornemen bestond om met het wetsvoorstel Wet minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring (2019/2020) ook voor zelfstandigen een wettelijk minimumtarief te introduceren. Na de internetconsultatie stelde de Minister van SZW in 2020 echter vast dat er te veel knelpunten zouden ontstaan bij een dergelijk minimumtarief. Zo zouden de administratieve lasten te groot zijn.²⁹ Besloten is het conceptwetsvoorstel niet verder uit te werken.

De werkingssfeer van het begrip 'dienstbetrekking' in de WML was echter al uitgebreider dan enkel de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.³⁰ Art. 2 lid 2 sub b breidt sinds 1 januari 2018 het begrip 'dienstbetrekking' uit tot de arbeidsverhouding van degene die krachtens overeenkomst van opdracht arbeid verricht tegen beloning, tenzij deze overeenkomst is aangegaan in de uitoefening van bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van beroep.³¹ De begrippen 'beroep' en 'bedrijf' komen overeen met het ondernemerschap in fiscale zin.³² In principe zou de WML alleen bij 'echte ondernemers' niet gelden.³³ In hoeverre deze uitbreiding van de werkingssfeer in de praktijk effectief is, is nog onduidelijk.³⁴

Nederland kent tot op heden alleen een minimumloon per maand en niet per uur.³⁵ Dat kan voor sommige groepen werkenden, zoals kleine parttimers of flexwerkers met onregelmatige werkpatronen negatief uitvallen. Ook voor platformwerkers kan dat problematisch zijn, aangezien zij in veel gevallen incidenteel klussen verrichten in plaats van over een langere periode voor één werkgever te werken. Het is dan niet meteen duidelijk op welke minimumbeloning zij recht hebben. Ook bij mensen die banen combineren sluit dit systeem niet goed aan op de praktijk.

27 Zie over het kwalificatievraagstuk hoofdstuk 3 van dit boek.

28 Zie bijvoorbeeld Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2019, p. 102.

29 *Kamerstukken I* 2019/20, 35074, T.

30 Art. 2 lid 3 WML biedt de mogelijkheid om bij AMvB arbeidsverhoudingen toe te voegen aan de reikwijdte van het begrip 'dienstbetrekking'. Zie Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag (*Stb.* 2017, 359).

31 *Stb.* 2017, 290. Bij AMvB zijn ook overeenkomsten van aanneming onder de werking van de WML geschaard. Zie bijvoorbeeld A.F. Bungener, 'Zzp'ers; 9.6.5. Minimumloon', in Kroon en De Casparis.

32 *Kamerstukken II* 2012/13, 33623, 3, p. 2. Zie ook hoofdstuk 6 van dit boek.

33 Iemand die door de Belastingdienst als ondernemer wordt beschouwd, zal dat in principe ook zijn in de zin van de WML, zie bijvoorbeeld E.L.H. van der Vos, T&C Arbeidsrecht, commentaar op art. 2 WML.

34 Zie voor kritisch commentaar ten aanzien van de handhavingsproblemen, Van Drongelen & De Kort 2016.

35 Ten tijde van schrijven van dit hoofdstuk is een initiatiefwetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig ter introductie van een minimumuurloon waarbij de normale arbeidsduur van 36 uur per week wordt gehanteerd. zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35335, nr. 2.

Dat we alleen een minimumloon per maand kennen, betekent namelijk dat de hoogte van het minimumuurloon (nog) moet worden berekend en die is afhankelijk van het normale aantal uren dat in een sector als voltijd geldt, de zogenoemde *normale arbeidsduur*. Het is niet meteen duidelijk wat de normale arbeidsduur is. De normale arbeidsduur wordt meestal bij cao bepaald, maar kan ook in een individuele arbeidsovereenkomst zijn afgesproken. Dat betekent dat de normale arbeidsduur (per sector) kan verschillen. In sommige sectoren geldt een 40-urige werkweek, terwijl in andere sectoren 38 of 36 uur als voltijds geldt. Dat betekent dat afhankelijk van de sector de werknemer meer of minder uren moet werken om hetzelfde minimumloon te verdienen.

Voor werknemers met een deeltijdcontract moet het maandelijks minimumloon naar rato worden berekend. Deeltijdwerknemers met een gelijk aantal gewerkte uren die werkzaam zijn op het niveau van het minimumloon kunnen in verschillende sectoren een verschillend bruto maandloon ontvangen. Berekend is dat een werknemer werkzaam in een sector waar de normale arbeidsduur 40 uur bedraagt 11% minder per uur verdient dan een werknemer werkzaam in een sector waar de normale arbeidsduur 36 uur is.³⁶ Er bestaan dus beloningsverschillen op minimumloonniveau die enkel veroorzaakt worden door het verschil in de normale arbeidsduur per sector en het ontbreken van een minimumuurloon.

Dat ontbreken van een wettelijk minimumuurloon is ook problematisch voor de handhaving van de WML. Omdat het niet altijd duidelijk is wat de normale arbeidsduur is, is het daardoor lastig om te bepalen of er sprake is van onderbetaling. In de praktijk rees ook de vraag of er voor *meerwerk* ook het minimumloon moest worden betaald. De Inspectie SZW ging daar wel van uit, maar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (RvS) oordeelde in 2014 dat de WML geen grondslag bood voor dit uitgangspunt.³⁷ Dit resulteerde erin dat een werknemer die op minimumloonniveau werkte en meer uren werkte dan de normale of afgesproken arbeidsduur, per uur een lagere beloning dan het minimumuurloon kon krijgen.³⁸ Daarom is door een wetwijziging per 1 januari 2019³⁹ in de wet geregeld dat, indien meer arbeid wordt verricht dan de geldende normale arbeidsduur per week of de overeengekomen arbeidsduur per week, het minimumloon naar rato moet worden vermeerderd.⁴⁰ Het eerste probleem blijft echter bestaan: het is – zeker als geen cao geldt, zoals bij veel platformwerk – niet altijd duidelijk wat de normale arbeidsduur is, waardoor handhaving van de WML door de Inspectie SZW bemoeilijkt wordt en waardoor werknemers niet altijd weten waar ze recht op hebben.

Een ander mogelijk probleem bij betaling op het minimumloonniveau, is de betaling per afgeleverd product of dienst in plaats van betaling per tijdseenheid. Dit heet stukloon. Eerder was ten aanzien van stukloon geregeld dat als arbeidsduur aangemerkt werd de

36 *Kamerstukken II* 2019/20, 35335, nr. 3, p. 3.

37 RvS 7 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1622.

38 *Kamerstukken II* 2016/17, 34573 nr. 3 (MvT), p. 21.

39 Wet van 25 januari 2017, houdende wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en enige andere wetten in verband met de verlaging van de leeftijd waarop men recht heeft op het volwassenminimumloon, in verband met stukloon en meerwerk en enige andere wijzigingen, *Stb.* 2017, 24.

40 Art. 12 WML.

tijd die redelijkerwijs met de uitvoering van de verrichte arbeid was gemoeid. Ook deze regeling gaf echter problemen bij handhaving die, middels dezelfde wetswijziging als hierboven genoemd, zijn aangepakt.⁴¹ In de WML is nu bepaald dat voor de hoogte van het minimumstukloon, bepalend is de *daadwerkelijke tijd* die de werknemer aan de uitvoering van de arbeid heeft besteed.⁴² Ook iemand die op basis van stukloon werkt, heeft nu dus de garantie van een wettelijk minimumloon. Betoogd is dat voor betaling op minimum-loonniveau, deze wijziging in feite het einde van het begrip 'stukloon' betekent, omdat de gewerkte tijd bepalend is geworden.⁴³ Dat de daadwerkelijke tijd bepalend is, betekent ook dat de daadwerkelijke tijd moet worden geregistreerd. Deze registratieverplichting is opgenomen in art. 18b lid 2 sub c WML.⁴⁴

Met betrekking tot beloning kan het bij platformwerkers ook relevant zijn of zij verplicht zijn een deel van hun loon af te dragen aan het platform. Bij veel platforms moet namelijk voor gebruik van het platform betaald worden en veelal regelt het platform het betalings-verkeer waarbij het een deel van de vergoeding voor zichzelf houdt (de courtage of de provisie).⁴⁵ Hier kan relevant zijn of het specifieke platformwerk onder de toepassing van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) valt. Voor de toepasselijkheid van de Waadi is niet vereist dat tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst is overeengekomen.⁴⁶ Ook op de relatie van een zelfstandige en het uitzendbureau dat hem ter beschikking stelt aan een ander om daar onder toezicht en leiding van die ander tijdelijk te werken, is de Waadi van toepassing. Art. 9 Waadi verbiedt, bij de terbeschikkingstelling, het bedingen van een tegenprestatie van de arbeidskracht die ter beschikking wordt gesteld. Sommige platforms stellen de werkers niet ter beschikking aan een derde, maar bemiddelen bij het tot stand komen van een arbeidsovereenkomst tussen de werker en de derde. Ook deze vorm van arbeidsbemiddeling valt onder het bereik van de Waadi.⁴⁷ Art. 3 Waadi bepaalt dat bij de arbeidsbemiddeling geen tegenprestatie van de werkzoekende mag worden bedongen. Toch vereisen verschillende platformbedrijven die onder het bereik van de Waadi vallen dat de werkers die werk vinden via het platform een deel van de vergoeding afdragen aan het platform.⁴⁸ Daarmee overtreden ze de wet.

De kantonrechter Amsterdam oordeelde in 2019 dat Helpling in strijd handelt met de Waadi door aan schoonmakers een vergoeding te vragen voor het gebruik van haar platform.⁴⁹ Volgens de kantonrechter speelt Helpling een actieve rol bij het tot stand komen van de

41 Zie hierover bijvoorbeeld Van Drongelen 2017.

42 Art. 12 lid 6 WML.

43 Vermeulen 2017.

44 Daarin is bepaald dat als overtreding wordt aangemerkt het door de werkgever desgevraagd niet of niet tijdig aan de toezichthouder verstrekken van bescheiden waaruit blijkt hoeveel uren de werknemer heeft gewerkt.

45 Zie ook hoofdstuk 6 van dit boek.

46 De uitzendrichtlijn ziet op werknemers 'met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau' (art. 1 lid 1 onder c Waadi). Zie ook HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689. Zie bijvoorbeeld Verhulp 2018.

47 Van arbeidsbemiddeling is sprake wanneer de (platform)onderneming behulpzaam is bij het zoeken van arbeidskrachten of arbeidsgelegenheid 'waarbij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (...) wordt beoogd', art. 1 onder b Waadi.

48 Verhulp noemt Helpling en Temper als voorbeeld, zie Verhulp 2018.

49 Rb. Amsterdam 1 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4546.

arbeidsovereenkomst tussen de schoonmaker en de klant. Daarmee doet Helpling aan arbeidsbemiddeling en valt zij onder het bereik van de Waadi. Zoals Tjong Tjin Tai en Van Slooten echter vaststellen is de regel dat de courtage niet door de platformwerker mag worden gedragen in de praktijk makkelijk te omzeilen door de courtage voor rekening van de consument te brengen en vervolgens (eventueel) het loon van de platformwerker te verlagen.⁵⁰ Dit wordt uiteraard lastiger voor werkgevers wanneer de beloning al op een minimumniveau ligt.

4.4 Nevenwerkzaamheden

Een werknemer die meerdere banen combineert, kan te maken krijgen met regels inzake nevenwerkzaamheden. Het verrichten van nevenwerkzaamheden is in Nederland niet wettelijk geregeld.⁵¹ Vaak wordt dit onderwerp echter in de individuele arbeidsovereenkomst dan wel bij cao geregeld in een zogenoemd nevenwerkzaamhedenbeding. Daarin staat of en onder welke voorwaarden de werknemer nevenwerkzaamheden mag verrichten. Het regelen van nevenarbeid in cao's gebeurt op grote schaal.⁵² De meeste cao's schrijven voor dat de werknemer toestemming nodig heeft van zijn werkgever om nevenwerkzaamheden te verrichten. Die toestemming is meestal aan één of meerdere voorwaarden verbonden. In de meeste gevallen wordt bepaald dat toestemming voor nevenwerkzaamheden zal worden verleend als het belang van de werkgever niet wordt geschaad. Soms kan men een absoluut verbod in de cao aantreffen. Zo wordt het werknemers die in de schoonmaak- en glazenwassersbranche werken, verboden als zelfstandige een eigen schoonmaakbedrijf te voeren, ook wanneer de werknemer slechts een parttime dienstverband heeft.⁵³

Het is maar de vraag of dergelijke absolute verboden in overeenstemming zijn met de vrijheid van ondernemerschap. In de literatuur is terecht betoogd dat een verbod of een beperking (veelal) ook een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer zal vormen (art. 10 Gw en art. 8 EVRM), aangezien de nevenwerkzaamheden in principe plaatsvinden in de privésfeer van de werknemer.⁵⁴ Dat het nevenwerkzaamhedenbeding op gespannen voet staat met het recht op vrije arbeidskeuze is echter het meest in het oog springend. In art. 19 lid 3 Gw is opgenomen dat het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld. Een beding waarin de werknemer verboden wordt nevenwerkzaamheden te verrichten is in strijd met de vrije keuze van arbeid. De spanning met de grondrechten van werknemers – inclusief

⁵⁰ Zie hoofdstuk 6 van dit boek.

⁵¹ De norm van goed werknemerschap kan met zich brengen dat onder omstandigheden de mogelijkheid om nevenarbeid te verrichten is beperkt. Zie bijvoorbeeld Schreurs & Van der Kind 2006.

⁵² Van Drongelen & Lacroix 2012, p. 72. De auteurs hebben 609 cao's onderzocht. Zij constateren dat in 80% van de door hen onderzochte cao's beperkingen op nevenarbeid zijn opgenomen.

⁵³ Zie art. 3 lid 4 cao voor het Schoonmaak- en glazenwassersbedrijf met de looptijd van 1 januari 2019 tot en met 30 juni 2021. Dit artikel is niet algemeen verbindend verklaard, conform art. 5.3 toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring cao-bepalingen. De cao-bepaling in kwestie geldt echter wel voor alle werknemers in die branche die gebonden zijn aan de cao op grond van de Wet CAO of door middel van een incorporatiebeding.

⁵⁴ De Wolff 2014; Hagendoorn 2019.

het ontbreken van een wettelijke grondslag om nevenwerkzaamheden contractueel te beperken – wordt echter zelden expliciet behandeld in de jurisprudentie.⁵⁵

Naast het feit dat nevenwerkzaamhedenbedingen op gespannen voet staan met het grondrecht op vrije arbeidskeuze en de belangenafweging daaromtrent in de rechtspraak niet goed uit de verf komt, is er nog een andere reden waarom het wijde gebruik van dergelijke bedingen heroverweging verdient. In de onlangs aangenomen EU-richtlijn voor transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden⁵⁶ is een bepaling over meerdere banen opgenomen. De richtlijn draagt de lidstaten op ervoor te zorgen dat de werkgever de werknemer niet verbiedt, buiten het werkrooster bij die werkgever, voor een andere werkgever te gaan werken en dat de werkgever de werknemer daarvoor geen nadelige behandeling doet ondergaan.⁵⁷ De lidstaten kunnen voorwaarden vastleggen voor het gebruik van *onverenigbaarheidsbeperkingen* door werkgevers, om objectieve redenen, zoals gezondheid en veiligheid, de bescherming van de vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie, de integriteit van overheidsdiensten of het vermijden van belangenconflicten.⁵⁸ De richtlijn regelt in dit verband niets over werken als zelfstandige naast een arbeidsovereenkomst; het gaat alleen over werken voor meer werkgevers. Het Europees werknemersbegrip van het Europees Hof is bij de uitleg van de richtlijn echter leidend. Dat betekent dat, als platformwerkers aan de door het Hof geformuleerde criteria voldoen, zij binnen het toepassingsbereik van deze richtlijn vallen.⁵⁹ In hoeverre platformwerkers te maken hebben met contractuele belemmeringen om voor meerdere werkgevers te werken is nog onbekend.

4.5 Arbeidstijden

4.5.1 Arbeidstijden bij meerdere dienstverbanden

Een van de meest genoemde voordelen van platformwerk is de flexibiliteit. In principe kan de platformwerker per dag bepalen of en hoeveel hij of zij werkt. Zoals hierboven betoogd, is het aannemelijk dat platformwerkers het platformwerk vaak combineren met andere betaalde bezigheden. Ook bij meerdere dienstverbanden en dus meerdere werkgevers, dient een werknemer zich echter te houden aan de arbeids- en rusttijden zoals deze gelden in de Arbeidstijdenwet en de daarop berustende bepalingen.⁶⁰

De Arbeidstijdenwet maximeert de arbeidstijd per werknemer, niet per dienstverband. Dit werd onlangs ook bevestigd door het Hof van Justitie EU.⁶¹ Dus hoewel niets over

55 Dat zou wel kunnen bijvoorbeeld via de open normen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap; zie Hagendoorn 2019.

56 EU Richtlijn 2019/1152 van 20 juni 2019.

57 Zie art. 9 EU Richtlijn 2019/1152.

58 Richtlijn 2019/1152 dient nog geïmplementeerd te worden; dit moet uiterlijk 1 augustus 2022 gebeuren.

59 S.E. Heeger-Hertter, '10 Platformarbeid: 10.3.5 Organisatie platformwerkers', in Kroon en De Casparis.

60 Zie bijvoorbeeld ABRvS 4 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3039.

61 HvJ EU 17 maart 2021, C-585/19, ECLI:EU:C:2021:210 (*Academia de Studii Economice*). Het ging in deze zaak om een werknemer die meerdere arbeidsovereenkomsten had met een en dezelfde werkgever.

nevenwerkzaamheden in de wet is geregeld, gelden er wel indirect wettelijke restricties via de Arbeidstijdenwet.⁶² Wanneer banen 'gestapeld' worden, is het echter niet altijd duidelijk of de grenzen van de Arbeidstijdenwet overschreden worden.⁶³ Tegelijk wijst onderzoek uit dat multi-jobbers over het algemeen meer uren werken dan degenen met één baan.⁶⁴ Het is de verplichting van de werkgever om de arbeid zo te organiseren dat de normen omtrent de arbeids- en rusttijden die volgen uit de Arbeidstijdenwet worden gerespecteerd. Elke werkgever doet dat echter voor zijn eigen werknemers en hij heeft in principe geen zicht op wat er buiten de overeengekomen arbeidstijden gebeurt. Wanneer een werknemer door twee banen te combineren de krachtens de Arbeidstijdenwet toegestane werktijd overschrijdt, hebben de afzonderlijke werkgevers daar niet altijd zicht op.

In de Arbeidstijdenwet is echter wel enigszins rekening gehouden met het feit dat werknemers meerdere banen kunnen hebben. De werknemer die bij meer dan één werkgever arbeid verricht, is krachtens de Arbeidstijdenwet verplicht de voor de naleving van deze wet 'nodige inlichtingen betreffende zijn arbeid' aan ieder van die werkgevers uit eigen beweging tijdig te verstrekken.⁶⁵ Werkgevers kunnen een dergelijke verplichting ook opnemen in een arbeidsovereenkomst, een personeelshandboek of een vergelijkbaar document om de werknemers hierop te attenderen. De werkgevers blijven verantwoordelijk om de arbeid zodanig te organiseren dat de werknemers de maximale arbeids- en rusttijden naleven.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft tweemaal moeten oordelen of een boete terecht was opgelegd voor niet-naleving van de arbeidstijdenregels door werknemers die meerdere banen combineerden.⁶⁶ In een van de zaken had de Inspectie SZW vastgesteld dat een werknemer die voor meerdere restaurants schoonmaakwerk verrichtte, min of meer elke dag in de week werkte en daardoor te weinig rusttijd genoot. De Inspectie SZW had daarom een boete opgelegd aan een van de werkgevers en zich op het standpunt gesteld dat deze werkgever zich had moeten inspannen om te weten te komen hoeveel uren de werknemer in totaal werkte. Het feit dat de werknemer slechts 30 uur per maand bij de bewuste werkgever werkte en hij met die baan onvoldoende inkomsten kreeg om in zijn levensonderhoud te voorzien, had voor de werkgever een signaal moeten zijn dat de werknemer meerdere banen had. De RvS volgt die redenering echter niet. Weliswaar staat in de parlementaire geschiedenis over de totstandkoming van de Arbeidstijdenwet dat, voor zover samenloop ontstaat door nevenarbeid, de werkgever op de hoogte dient te zijn van de arbeid verricht door de werknemer in zijn nevenbaan.⁶⁷ De RvS benadrukt echter dat de Arbeidstijdenwet voorschrijft dat de werknemer uit eigen beweging tijdig de voor de naleving van deze wet en de daarop berustende bepalingen nodige inlichtingen betreffende zijn arbeid aan zijn werkgever moet verstrekken.⁶⁸ Als de werknemer dat echter niet heeft gedaan en de werkgever heeft ook niet anderszins signalen over de nevenarbeid

62 Zie ook Hagendoorn 2019.

63 Zie ook SER 2018, p. 67.

64 Conen 2020, p. 30.

65 Art. 5:15 lid 6 Artw.

66 ABRvS 21 november 2018, ECLI:NL:RVS:2108:3789; ABRvS 4 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3039.

67 ABRvS 21 november 2018, ECLI:NL:RVS:2108:3789, r.o. 4.2. Verwezen wordt naar *Kamerstukken II* 1993/94, 23646, nr. 3, p. 124.

68 Art. 5:15 lid 6 Artw.

ontvangen waarin hij aanleiding had moeten zien om navraag te doen, dan ontbreekt de verwijtbaarheid bij de werkgever, aldus de RvS.⁶⁹ Ook in de andere zaak, waarin het ging om een vrachtwagenbestuurder die voor meerdere werkgevers werkte, oordeelde de RvS dat de verwijtbaarheid ontbreekt, wanneer de werkgever niet op de hoogte was van het feit dat de bestuurder de rusttijd gebruikte om bij een andere werkgever te werken.⁷⁰

In de Arbeidstijdenwet is immers geen uitdrukkelijke verplichting voor de werkgever opgenomen om te onderzoeken of een werknemer nevenarbeid verricht. Zoals gezegd, moet de werknemer de werkgever uit eigen beweging inlichten over eventuele nevenarbeid. Doet hij dat niet en er zijn verder ook geen signalen waarin de werkgever aanleiding zou moeten zien om navraag te doen, dan is de werkgever niet verwijtbaar voor de eventuele overschrijding van de maximale arbeidstijden. Onduidelijk is voornamelijk wanneer aan genomen moet worden dat er signalen zijn waar de werkgever op moet reageren richting zijn werknemers. Het feit dat de werknemer een kleine deeltijd baan had, zoals in de eerste zaak, waarmee hij onmogelijk in zijn levensonderhoud kan voorzien was blijkbaar niet een dergelijk signaal.⁷¹ Aan de ene kant is dit begrijpelijk. Een kleine deeltijd baan hoeft zeker niet een signaal te zijn dat de werknemer meerdere 'banen' heeft. Misschien is het huishouden van de werknemer niet afhankelijk van deze inkomsten. Bovendien kunnen er privacybezwaren bestaan tegen een te grote bemoeizorg van de werkgever. Aan de andere kant is de uitkomst van deze zaak enigszins onbevredigend te noemen. Zolang de werkgever niets weet, hoeft hij ook geen verantwoordelijkheid te nemen.

De vraag is echter ook wat de werkgever kan doen wanneer hij te weten komt dat de werknemer vanwege meerdere dienstverbanden de toegestane arbeidstijden overschrijdt. Er is niet echt een lijn te ontdekken in hoe rechters over dit soort zaken oordelen. De werkgever die constateert dat een werknemer vanwege meerdere dienstverbanden het wettelijk toegestane aantal arbeidsuren overschrijdt, is niet zonder meer gerechtigd de arbeidsomvang eenzijdig aan te passen, zodat wel wordt voldaan aan de Arbeidstijdenwet. Dat bleek uit een zaak waarin de werknemer twee volledige banen (op minimumloonniveau) bleek te hebben om zijn hypotheek te kunnen betalen. De rechter stond het niet toe dat een van de werkgevers eenzijdig de arbeidsomvang verlaagde.⁷² Er blijft dan sprake van strijd met de Arbeidstijdenwet, ook als het de keuze is van de werknemer zelf zoveel te werken. De rechter merkte in deze zaak op dat aan deze mogelijkheid de werkgever niet direct lijkt te hebben gedacht bij de totstandkoming van de wet.⁷³ Goed werkgeverschap brengt volgens de rechter wel mee dat de werkgever in overleg treedt met de werknemer en mogelijk met de andere werkgever(s) om tot een voor alle partijen aanvaardbare oplossing te komen.⁷⁴

69 Op grond van art. 5:41 Algemene wet bestuursrecht moet van boeteoplegging worden afgezien, in situaties waarin verwijtbaarheid volledig ontbreekt.

70 ABRvS 4 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3039.

71 ABRvS 21 november 2018, ECLI:NL:RVS:2108:3789, r.o. 4.2.

72 Ktr. Nijmegen 20 december 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BC2467, JAR 2008/46.

73 Idem, r.o. 4.3.

74 De vraag is echter hoe realistisch dit is, met name bij platformwerk waar doorgaans geen duurzame arbeidsrelaties worden aangegaan en waar het contact doorgaans via een app verloopt.

Niet veel later ontbond een andere rechter dezelfde arbeidsovereenkomst per direct zonder een vergoeding toe te kennen.⁷⁵ Naar het oordeel van de rechter kon de werknemer niet van de werkgever verlangen dat deze de arbeidsovereenkomst liet voortbestaan, gelet op de verplichtingen die voortvloeien uit de Arbeidstijdenwetgeving. Waarschijnlijk zou de werknemer naar nieuw recht wel recht hebben op een transitievergoeding. Inderdaad werd in 2017 wel de transitievergoeding toegekend in een soortgelijke zaak.⁷⁶ De werknemer is dan echter wel zijn baan kwijt, ook al was het bij de werkgever vanaf het begin bekend dat de werknemer meerdere banen combineerde. Recentelijk liet een kantonrechter een ontslag op staande voet in stand van een oproepkracht die ondanks waarschuwing niet op zijn werk verschenen was op dagen waarvoor hij was opgeroepen, omdat hij op hetzelfde moment bij zijn andere werkgever moest werken.⁷⁷

4.5.2 *Arbeidstijden en hybride werkenden*

Bij platformwerkers die ook multi-jobbers zijn, zal het vaak gaan om hybride vormen van arbeid: werk in loondienst gecombineerd met werk als zelfstandige. De Arbeidstijdenwet geldt in principe niet voor zelfstandigen. Art. 1:1 lid 2 sub a Arbeidstijdenwet stelt als werkgever gelijk degene die een ander onder zijn gezag arbeid doet verrichten. Indien dus een gezagsrelatie kan worden vastgesteld, dan dient het platform jegens de platformwerker de Arbeidstijdenwet na te leven, ook als er sprake is van een opdrachtovereenkomst.⁷⁸ In art. 2:7 Arbeidstijdenwet is wel de mogelijkheid opgenomen om de toepassing van de Arbeidstijdenwet in bepaalde situaties uit te breiden naar zelfstandigen, indien dat noodzakelijk is ter voorkoming van ernstig gevaar voor de veiligheid of de gezondheid van andere personen. Het gaat dan om situaties waarin ook de veiligheid van derden in het geding is, zoals in de vervoerssectoren.

De Arbeidstijdenwet geeft uitdrukking aan de Arbeidstijdenrichtlijn van de EU en moet in dat licht worden uitgelegd, wat onder andere betekent dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU in dit verband relevant kan zijn.⁷⁹ Daarnaast gebruikt de Arbeidstijdenrichtlijn de term ‘worker’ en die term kent een autonome betekenis in het Europese arbeidsrecht.⁸⁰ Recentelijk heeft het Hof van Justitie zich gebogen over een aantal prejudiciële vragen over de toepasselijkheid van de Arbeidstijdenrichtlijn op werk dat vaak onder platformwerk wordt geschaard.⁸¹ Hierbij was gekozen voor een beschikking in plaats van een volwaardig arrest.⁸² Het ging om een Britse zaak, waarin de werker (een koerier) werkzaam voor Yodel (een pakketbezorgingsservice) voor de rechter verzocht om

⁷⁵ Ktr. Nijmegen 31 januari 2008, JAR 2008/65.

⁷⁶ Rb. Rotterdam 9 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:537 (ontbinding op h-grond).

⁷⁷ Rb. Noord-Holland 11 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1229.

⁷⁸ Vlg. E.M. Bevers, ‘10. Platformarbeid: 10.5 Gevolgen kwalificatie’, in Kroon en De Casparis.

⁷⁹ Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd.

⁸⁰ Zie ook HvJ EU 16 juli 2020, C-658/18, ECLI:EU:C:2020:572, JAR 2020/219, m.nt. Bartens (*UX/ Italiaanse regering*).

⁸¹ HvJ 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288, JAR 2020/145, m.nt. Said (*Yodel*).

⁸² Dat doet het Hof wanneer ‘de aan het Hof voorgelegde prejudiciële vraag duidelijk kan worden afgeleid uit de bestaande rechtspraak of wanneer het antwoord op de gestelde vraag geen redelijke twijfel toelaat’, zie *Yodel*, r.o. 21. Zie over deze zaak ook hoofdstuk 3 van dit boek.

aangemerkt te worden als werknemer in de zin van de Arbeidstijdenrichtlijn. Op grond van zijn overeenkomst mocht de koerier zich echter te allen tijde laten vervangen, mits de vervanger maar aan de kwalificaties voldeed. De koerier kreeg per pakketje betaald. Hij mocht voor concurrenten van Yodel werken en hij was vrij in het kiezen van tijdstip en volgorde van bezorging van de pakketjes. De verwijzende rechter stelde echter eerst vast dat het naar Brits recht uitgesloten is dat deze koerier als 'worker' wordt aangemerkt. De status 'worker' – verwijzend naar een categorie werkenden tussen 'employees' en 'self-employed independent contractors' – veronderstelt onder Brits recht dat de werker verplicht is het werk persoonlijk te verrichten. Daarnaast betekent het feit dat de koeriers met wie Yodel een dienstenovereenkomst heeft gesloten, niet verplicht zijn hun diensten uitsluitend aan die onderneming te verlenen en daarom moeten zij, volgens de verwijzende rechter, worden aangemerkt als 'self-employed independent contractors'.⁸³

Het is aan de nationale rechters om te kijken naar alle omstandigheden van het geval en vast te stellen of een zelfstandige werker, zoals de koerier in kwestie, kan worden aangemerkt als een werknemer in de zin van de staande rechtspraak.⁸⁴ Kijkend naar deze omstandigheden oordeelt het Hof dat de Arbeidstijdenrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzet dat een persoon die op grond van een dienstenovereenkomst waarin is bepaald dat hij als een zelfstandige werkt, voor de doeleinden van die richtlijn als een 'werknemer' wordt aangemerkt, wanneer die persoon de vrijheid heeft om: (a) subcontractors te gebruiken voor de uitvoering van het werk, (b) het werk al dan niet te aanvaarden of eenzijdig te bepalen hoeveel hij werkt, (c) voor derden te werken, en (d) binnen bepaalde parameters zijn eigen werktijden te bepalen.⁸⁵

Echte zelfstandigen zijn dus uitgesloten van de toepassing van de Arbeidstijdenrichtlijn. Het Hof merkt daarbij terecht op dat dit alleen geldt op voorwaarde dat deze vrijheid niet 'fictief' lijkt en het bestaan van ondergeschiktheid van die persoon niet kan worden aangetoond, wat aan de nationale rechter is om te bepalen. Deze nuancering is voor platformwerk cruciaal, nu vaak wordt betwist dat de platformwerkers echt vrij zijn om werk te weigeren – ondervinden ze daar bijvoorbeeld geen nadelen van bij de toedeling van de 'klussen' door het algoritme? – of om de werktijden naar eigen behoeften in te delen.⁸⁶

4.5.3 Arbeidstijden en registratie

Of platformwerk onder het bereik van de EU Arbeidstijdenrichtlijn en de Nederlandse Arbeidstijdenwet valt, hangt dus af van de kwalificatie van de arbeidsverhouding tussen het platform en de werker. Indien (mede) in het licht van de feiten, vastgesteld kan worden dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, dan zal de werkgever voor elke werknemer

⁸³ Yodel, r.o. 16-18.

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 21 februari 2018, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82 (*Matzak*).

⁸⁵ Yodel, r.o. 45. Said is terecht kritisch in haar noot over deze 'vrijheden' die het Hof heeft opgesomd als aanwijzingen voor het feit dat er geen sprake van een arbeidsovereenkomst zou zijn, zie JAR 2020/145.

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld V. De Stefano, 'EU Court of Justice's decision on employment status does not leave platforms off the hook', *Regulating for Globalization*, 29/04/2020 <<http://regulatingforglobalization.com/2020/04/29/eu-court-of-justices-decision-on-employment-status-does-not-leave-platforms-off-the-hook/>>, geraadpleegd op 12 mei 2021.

afzonderlijk de arbeids- en rusttijden moeten bijhouden. Dat volgt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU.⁸⁷ Ook in de Nederlandse Arbeidstijdenwet is een verplichting voor werkgevers opgenomen om een *deugdelijke registratie* te voeren van de arbeids- en rusttijden, waardoor het toezicht op de naleving van deze wet en de daarop berustende bepalingen mogelijk is.⁸⁸ In ieder geval moet de werkgever op verzoek van inspectiediensten inzicht verschaffen in de tijdstippen waarop iedere werknemer zijn werk begint en beëindigt. Registratie is immers noodzakelijk om handhaving mogelijk te maken.⁸⁹ Het Hof van Justitie heeft dit in 2019 bevestigd en in zijn oordeel benadrukt dat een objectieve, betrouwbare en toegankelijke registratie van de dagelijkse arbeidstijd noodzakelijk is om te kunnen controleren of de EU Arbeidstijdenrichtlijn wordt nageleefd en dat lidstaten werkgevers moeten verplichten een dergelijke registratie te voeren.⁹⁰

Het registreren van arbeidstijden is juist bij platformwerk belangrijk, aangezien daar zeer onregelmatig gewerkt wordt. Een systeem van registratie van de arbeids- en rusttijden geeft de werkgever de mogelijkheid te controleren of de werknemer die zelf de tijdstippen van het werk bepaalt, de normen van de Arbeidstijdenwet niet overschrijdt.⁹¹ Voor platformarbeid zou het registreren van arbeidstijden in principe niet moeilijk moeten zijn, aangezien het werk vaak plaatsvindt als de werknemer is ingelogd in de app en de werktijd automatisch kan worden geregistreerd. De vraag is echter wat precies geldt als werk en wat dus geldt als werktijd. Valt wachttijd bijvoorbeeld daar ook onder?⁹² Soms is dit in de overeenkomst zelf bepaald, maar vaak wordt dit impliciet gelaten.⁹³ Dat zijn dingen die – ondanks de registratieplicht – nog niet uitgekristalliseerd zijn.

In de eerdergenoemde *Yodel*-zaak heeft de verwijzende rechter uit het Verenigd Koninkrijk aan het Hof van Justitie nog een aantal vragen gesteld over het berekenen van de arbeidstijd in de situatie waarin een werknemer werkzaam is voor meerdere partijen. Daaruit is af te leiden dat sommige rechters moeilijkheden voorzien bij het berekenen van de exacte arbeidstijd wanneer de werknemer niet op vaste tijden werkt, maar vrij is om binnen bepaalde parameters zijn eigen werktijd te bepalen en meerdere jobs heeft. Zo vraagt de verwijzende rechter hoe de werkuren berekend moeten worden als het individu niet is verplicht om gedurende die uren uitsluitend voor de vermeende werkgever te werken of wanneer bepaalde activiteiten die tijdens die uren worden uitgevoerd (bijvoorbeeld het autorijden) zowel de vermeende werkgever als een derde ten goede kunnen komen.⁹⁴ Het Hof gaat op deze vragen helaas niet in.

87 HvJ EU 14 mei 2019, C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402, JAR 2019/153, m.nt. J. van Drongelen (*CCOO/Deutsche Bank*).

88 Art. 4:3 lid 1 Artw. De betreffende gegevens dient de werkgever ten minste 52 weken te bewaren, zie art. 3:2:1 Arbeidstijdenbesluit.

89 Zie bijvoorbeeld Zekić 2019.

90 *CCOO/Deutsche Bank*.

91 Vlg. J.P. Kroon, 'Plaats- en tijdonafhankelijk werken. 11.10 Registratie arbeids- en rusttijden', in Kroon en De Casparis.

92 Ook Tjong Tjin Tai en Van Slooten stellen die vraag, zie hoofdstuk 6 van dit boek.

93 Thuisbezorgd.nl – een platform dat met werknemers werkt – maakt op zijn website bekend de wachttijd ook uit te betalen. Vele andere platforms melden hier niets over. We kunnen ervan uitgaan dat ze de wachttijd niet uitbetalen. Zie ook hoofdstuk 3 van dit boek.

94 *Yodel*, r.o. 20.

Zoals gezegd heeft het Hof later wel geoordeeld dat, wanneer een werknemer met *dezelfde* werkgever meerdere arbeidsovereenkomsten heeft gesloten, de minimale dagelijkse rusttijd uit de EU-Arbeidstijdenrichtlijn van toepassing is op al deze overeenkomsten gezamenlijk en niet op elk van die overeenkomsten afzonderlijk.⁹⁵ Indien de rusttijd bij elke arbeidsovereenkomst afzonderlijk in aanmerking moet worden genomen, zouden de uren die in het kader van één overeenkomst als rusttijd worden beschouwd, in het kader van een andere overeenkomst als arbeidstijd kunnen worden beschouwd. Eenzelfde tijdvak kan volgens het Hof echter niet tegelijkertijd als arbeidstijd en rusttijd worden aangemerkt.

De Nederlandse Arbeidstijdenwet is hiermee in lijn, want de wet maximeert de arbeidstijd per werknemer, niet per dienstverband. In Nederland hoeft er dus geen onderscheid te worden gemaakt wanneer precies voor de ene en wanneer voor de andere werkgever gewerkt wordt om te bepalen of aan de maximumnormen voldaan is. Werktijd is werktijd ongeacht voor welke werkgever gewerkt wordt.⁹⁶ Het probleem is echter wel – zoals hierboven is betoogd – dat de wet niet duidelijk is over hoever de zorgplicht van elke werkgever strekt om zich te vergewissen of maximumnormen nageleefd worden in het geval de werknemer meerdere werkgevers heeft.

4.6 Platformarbeid en werk-privébalans

Werkenden hebben vaak ook verantwoordelijkheden en bezigheden buiten hun baan/banen of opdracht(en). Het combineren van betaald werk met zorgtaken en andere verantwoordelijkheden en bezigheden die tot het privédoelgebied gerekend worden, wordt veelal aangeduid met de term werk-privébalans. Vaak wordt aangenomen dat platformwerk juist kan bijdragen tot een goede werk-privébalans, omdat het veel flexibiliteit biedt. In tegenstelling tot 'traditioneel' werk, waar van de werknemer doorgaans wordt verwacht op bepaalde tijdstippen en/of locaties werkzaam te zijn, is de platformwerker immers vaak vrij om zelf te bepalen of en wanneer hij of zij zich beschikbaar wil stellen voor arbeid. Toch is het nog maar de vraag of de werk-privébalans geen knelpunt is voor platformwerkers, vooral voor degenen die als multi-jobbers zijn te betitelen.⁹⁷ Om dat te beoordelen, ga ik hieronder eerst nader in op die – veel geroemde – flexibiliteit bij platformarbeid (par. 4.6.1). Vervolgens kijk ik naar de recent bij de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) ingevoerde wettelijke regels ten aanzien van oproeparbeid (par. 4.6.2). Wat kunnen deze regels rondom oproeparbeid betekenen voor platformwerkers? Tot slot betrek ik in mijn analyse de regelingen die als doel hebben de werk-privébalans te bevorderen (par. 4.6.3). Hoe pakken deze regelingen uit voor platformwerkers die banen/opdrachten combineren?

⁹⁵ *Academia de Studii Economice*.

⁹⁶ De Europese Commissie (EC) is ook voorstander van een dergelijke uitleg. In een interpretatieve mededeling over de Arbeidstijdenrichtlijn merkt de EC op dat 'de grenswaarden betreffende de gemiddelde wekelijkse arbeidstijd en de dagelijkse en wekelijkse rusttijden voor zover mogelijk per werknemer moeten worden nageleefd', aangezien de richtlijn beoogt de veiligheid en de gezondheid van de werknemers te verbeteren. Zie EC, 'Interpretatieve mededeling over Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd', 2017/C-165/01, p. 10.

⁹⁷ Onderzoek laat zien dat het welbevinden omlaaggaat wanneer ouders van jonge kinderen meer banen gaan combineren, zie Conen 2020, p. 37.

4.6.1 Flexibiliteit bij platformarbeid

Platformwerk is in de meeste gevallen sterk taakgericht, zoals bijvoorbeeld het bezorgen van een maaltijd van het restaurant naar de consument. In principe maakt het daarbij niet bijzonder veel uit welke persoon het werk doet. Doordat het werk zo weinig persoonlijk van aard is, is het mogelijk platformwerkers vrijheid te geven in *hoe* ze het 'aangenomen werk' willen (laten) uitvoeren.⁹⁸ Zo wordt vaak in hun contract bepaald dat ze – met inachtneming van bepaalde maatstaven – vrij zijn om zich bij de uitvoering van de taak door een ander te laten vervangen. Anders dan meestal bij traditionele werknemers het geval is, zijn zij doorgaans dus niet verplicht om het werk persoonlijk te verrichten. Dit wordt vaak onder flexibiliteit geschaard die bijdraagt tot een goede werk-privébalans en dat *kan* inderdaad het geval zijn, mits de werker vervangers gemakkelijk kan vinden en inschakelen en mits deze vervangers tevens aan de door het platform gestelde maatstaven voldoen. Uit de praktijk komen echter signalen dat het moeilijk is om zelf (tijdig) geschikte vervangers te vinden die bereid zijn het werk uit te voeren. Of de mogelijkheid om je te laten vervangen in de praktijk ook tot een betere privé-werkbalans leidt, is maar de vraag. Daarenboven geldt voor veel platformwerkers dat zij over een eigen vervoermiddel moeten beschikken (denk aan Uber of Deliveroo). Dat betekent dat platformwerkers soms ook een aanzienlijke financiële investering moeten doen om dit werk te kunnen verrichten, wat voor de traditionele werknemers doorgaans niet geldt. De beloofde flexibiliteit van platformwerk heeft dus ook vaak een keerzijde.

Bij sommige soorten platformarbeid is het mogelijk om het werk op afstand (of online) te doen. Vooral bij *crowdwork* komt het neer op digitaal werken (soms ook 'telewerken' genoemd), waardoor men het werk bijvoorbeeld vanuit huis kan doen.⁹⁹ Een onderzoek uit 2015 laat zien dat een van de belangrijkste redenen voor werkers om voor platforms als *Amazon Mechanical Turk* en *Crowdflower* te werken te maken heeft met hun voorkeur voor thuiswerken.¹⁰⁰

Het is al langer bekend dat (traditioneel) thuiswerk een positief effect kan hebben op de werk-privébalans.¹⁰¹ Niet alle onderzoeken op dit terrein wijzen echter in dezelfde richting. Onderzoekers trekken gemengde conclusies: de meeste – maar meestal hoog-opgeleide – werknemers rapporteren positieve effecten van digitale technologie op hun mogelijkheden om werk en privéverantwoordelijkheden te combineren, maar in sommige opzichten maakt de technologie het leven van werknemers ook gecompliceerder, omdat het moeilijker wordt om tijd vrij te nemen van werk, zelfs wanneer men op vakantie is,

98 Platformbedrijven werken met verschillende bedrijfsmodellen. Zo zijn er platforms die wel arbeidsovereenkomsten sluiten met de werknemers, zoals thuisbezorgd.nl. Art. 7:659 BW bepaalt dat de werknemer verplicht is de arbeid zelf te verrichten; hij kan zich daarin niet dan met toestemming van de werkgever door een derde doen vervangen.

99 Zie ook Kroon die een overlap ziet tussen het moderne platformwerk en het oudere 'traditioneel thuiswerken', zie J.P. Kroon, 'Traditioneel thuiswerken. 12.2 Begripsbepaling', in Kroon en De Casparis.

100 Berg 2016, p. 552.

101 Zie bijvoorbeeld J.P. Kroon, 'Traditioneel thuiswerken. 12.3.6 Motieven van thuiswerkers', in Kroon en De Casparis.

wat de mogelijkheid om te herstellen van werk reduceert.¹⁰² De mogelijkheid om thuis (verder) te werken maakt inderdaad dat werk en privé meer in elkaar overlopen en dat een scheiding tussen werk en privé vervaagt. Sommige werknemers kunnen deze vervaging van de grenzen tot op zekere hoogte waarderen, terwijl andere hierdoor moeilijkheden ondervinden.¹⁰³ Vermoedelijk zal meer onderzoek beschikbaar komen over de effecten van thuiswerken naar aanleiding van de COVID-19-pandemie waarin op grote schaal thuis is gewerkt. Deze pandemie heeft ook laten zien dat in veel meer beroepen thuiswerken mogelijk was dan voorheen gebruikelijk was.

Een ander aspect van platformwerk dat dikwijls onder flexibiliteit wordt geschaard is de vrijheid die platformwerkers meestal hebben om zelf te bepalen of en hoeveel ze willen werken door te beslissen wanneer ze inloggen op de app van het platform en welke klussen ze accepteren. Dit kan inderdaad heel gunstig zijn voor de werk-privébalans. Voor werknemers die afhankelijk zijn van dit type werk voor hun levensonderhoud zal deze vrijheid echter veelal puur theoretisch zijn. Als ze niet inloggen en geen klussen accepteren, verdienen platformwerkers immers ook niets. De hoeveelheid tijd die ze besteden aan platformwerk heeft directe invloed op de hoogte van hun inkomen. Vanwege de vaak lage beloning zullen sommige platformwerkers misschien wel meer uren moeten werken dan 'traditionele' werknemers om voldoende inkomen te genereren.¹⁰⁴ Bekend is dat via algoritmes gestuurd kan worden op *meer* werken; dit bevordert dan de positie in de interne 'ranking'. Vanwege het grote belang van de 'customer ratings' sluit Dukes niet uit dat veel platformwerkers – net als de huishoudelijke werkers – zich gedwongen voelen om zelfs extra onbetaald werk op zich te nemen.¹⁰⁵ Hiertoe behoort de zogenoemde emotionele arbeid, werk dat erop gericht is de klant op zijn of haar gemak te stellen.¹⁰⁶ Dit zal natuurlijk niet opgaan voor alle soorten platformwerk, maar wel voor sommige soorten, zoals het schoonmaakwerk. Daarnaast is het zo dat de tijd waarop platformwerkers ingelogd zijn om naar klussen te zoeken niet als betaalde werktijd telt. Sommigen zullen juist in de 'spitsuren' moeten werken, zoals rond het avondeten, omdat dan de meeste klussen op platforms te vinden zijn.¹⁰⁷ Dit alles maakt de flexibiliteit die zo benadrukt wordt als gunstige arbeidsvoorwaarde bij platformwerk, in feite paradoxaal.¹⁰⁸

4.6.2 Oproeparbeid

Een van de belangrijkste kenmerken van platformwerk is het 'on demand'-karakter van het werk. Platformwerkers werken meestal op afroep, waardoor dit type werk – mits sprake is van een werknemerstatus – onder oproeparbeid geschaard zou kunnen worden.¹⁰⁹ Ten

102 Zie bijvoorbeeld Rafnsdóttir & Stefánsson 2014; Popma 2013.

103 Barrio & Zekić 2017, p. 9-25. Zie ook EC, *The increasing use of portable computing and communication devices and its impact on the health of EU workers*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010.

104 Zie bijvoorbeeld Berg 2016, p. 557-561.

105 Dukes 2020, p. 223.

106 De term 'emotionele arbeid' wordt met name gebruikt in de arbeidssociologie, zie bijvoorbeeld Hochschild 2012.

107 Zie bijvoorbeeld De Stefano 2016, p. 480.

108 Aloisi 2016, p. 662.

109 Zie ook hoofdstuk 3 van dit boek.

aanzien van oproeparbeid zijn in 2020 nieuwe wettelijke regels in het Burgerlijk Wetboek geïntroduceerd door de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab). Deze nieuwe regels hebben als doel 'de langdurige inkomenszekerheid' te beperken en 'nodeloze permanente beschikbaarheid' tegen te gaan.¹¹⁰ De Wab heeft ook een definitie van de oproepovereenkomst geïntroduceerd (art. 7:628a lid 9 BW) en daarmee een additionele toets waaraan voldaan moet zijn, willen de regels over de oproeparbeid van toepassing zijn. De eerste toets blijft uiteraard of de overeenkomst op basis waarvan arbeid wordt verricht, kwalificeert als een arbeidsovereenkomst.

Als er vastgesteld is dat er wel sprake is van een dienstverhouding en we kijken vervolgens alleen naar de definitie van de oproepovereenkomst, dan zou het kunnen dat veel platformwerkers een oproepovereenkomst hebben.¹¹¹ De nulurencontracten, maar in principe ook de min-maxcontracten, vallen onder deze definitie.¹¹² De bescherming tegen de 'nodeloze permanente beschikbaarheid' is zo vormgegeven dat een werknemer *niet* verplicht is om gehoor te geven aan een oproep, wanneer de werkgever niet ten minste vier dagen van tevoren de werknemer heeft opgeroepen (art. 7:628a lid 2 BW).¹¹³ Platformwerkers zijn echter doorgaans vrij om zelf te bepalen of, wanneer en hoe lang ze willen werken. Het is daarnaast mogelijk te betwisten dat bij platformarbeid sprake is van een oproep om te werken. Het is dus de vraag in hoeverre deze nieuwe regels, bedoeld om nodeloze beschikbaarheid te voorkomen, nuttig zijn voor platformwerkers.

Interessanter voor veel platformwerkers is wellicht de andere grote verandering ten aanzien van oproepkrachten, namelijk de verplichting voor de werkgever om de werknemer steeds na twaalf maanden dienstverband een arbeidsovereenkomst aan te bieden met een vaste arbeidsomvang, die ten minste gelijk is aan de gemiddelde omvang van de arbeid in die voorafgaande periode van twaalf maanden.¹¹⁴ Wanneer de werknemer immers zekerheid heeft over de arbeidsomvang, heeft hij of zij ook meer inkomenszekerheid.¹¹⁵ Doet de werkgever geen aanbod voor een vaste arbeidsomvang, dan heeft de werknemer recht op loon over het gemiddeld aantal gewerkte uren op jaarbasis gedurende de periode dat de werkgever de verplichting niet nakomt.¹¹⁶ De aan te bieden omvang moet gelijk zijn aan de gemiddelde omvang van de arbeid in de voorafgaande periode van twaalf maanden, waarbij het gaat om alle verloonde uren.¹¹⁷

110 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 22.

111 Art. 7:628a lid 9 BW bevat een – niet eenvoudige – definitie van de oproepovereenkomst. Er is, kort gezegd, sprake van een oproepovereenkomst wanneer de omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid en de werknemer geen duidelijkheid heeft over het te verdienen loon.

112 Zie uitgebreider Zekić 2020, p. 222-226.

113 De oproeptermijn van vier dagen kan bij cao verkort worden tot ten minste 24 uur.

114 Art. 7:628a lid 5 BW. Voor de berekening van de periode van twaalf maanden worden arbeidsovereenkomsten, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samengeteld.

115 Van deze verplichting kan alleen bij cao worden afgeweken voor in die cao aangewezen functies die vanwege klimatologische of natuurlijke omstandigheden gedurende een periode van hoogstens negen maanden per jaar kunnen worden uitgeoefend, art. 7:628a lid 11 BW.

116 Art. 7:628a lid 8 BW.

117 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 131.

In potentie kan deze nieuwe verplichting dus meer inkomenszekerheid bieden aan platformwerknemers. Het is echter niet ondenkbaar dat juist platformarbeiders een dergelijk aanbod voor een vaste arbeidsomvang niet willen aanvaarden. Veel platformwerkers zullen juist de flexibiliteit willen behouden. Wanneer de werknemer het aanbod heeft aanvaard, heeft hij niet langer een oproepovereenkomst, omdat de arbeidsovereenkomst dan een vaste arbeidsomvang heeft. Als de werknemer het aanbod niet aanvaardt, wordt de oproepovereenkomst voortgezet. Steeds als de arbeidsovereenkomst twaalf maanden heeft geduurd, zal de werkgever een aanbod voor een vaste arbeidsomvang moeten doen.

Al met al lijken de wettelijke regels over oproeparbeid zich toch niet goed te verdragen met het bedrijfsmodel van platforms zoals Deliveroo.¹¹⁸ Het duidelijkst is dat wellicht te zien bij de regels die de werknemer per oproep een aanspraak op loon voor drie uur geven, ook als de werknemer korter dan drie uur heeft gewerkt.¹¹⁹ Dit kan ook tot 'dubbele beloning' leiden, zo heeft de Hoge Raad geoordeeld, omdat de werknemer wiens arbeidsovereenkomst voldoet aan de eisen en die meerdere malen per dag wordt opgeroepen werk te verrichten, over elke afzonderlijke periode van arbeid recht heeft op loon voor een periode van minimaal drie uur.¹²⁰ Hoewel deze loonaanspraak ouder is dan de Wab, lijkt hij niet heel bekend te zijn, gelet op de schaarse rechtspraak die erover bestaat.

4.6.3 Platformarbeid en werk-privéregelingen

De mogelijkheid om werk en privéleven (goed) te combineren is steeds een van de belangrijkste redenen die platformwerkers noemen wanneer ze gevraagd worden naar hun beweegredenen om platformwerk te verrichten.¹²¹ Dat komt met name, omdat men kan kiezen wanneer te werken en voor hoe lang.

Zoals bekend, probeert de overheid al lange tijd te bevorderen dat 'meer vrouwen meer gaan werken' en dat werknemers daarom in staat gesteld worden arbeid en zorg beter te combineren.¹²² De belangrijkste instrumenten binnen het arbeid-en-zorgdomein zijn verlofregelingen als geregeld in Wet Arbeid en Zorg (WAZO) en de kinderopvang. Hoe toegankelijk zijn deze instrumenten voor (platform)arbeiders die multi-jobben? De WAZO is van toepassing op (overheids)werknemers die, hetzij op grond van een arbeidsovereenkomst, hetzij op grond van een publiekrechtelijke aanstelling bij een (overheids)werkgever

¹¹⁸ Zie ook hoofdstuk 3 van dit boek.

¹¹⁹ Art. 7:628a lid 1 BW. Deze loonaanspraak komt toe aan twee groepen werknemers: werknemers die werkzaam zijn op basis van een oproepovereenkomst, zoals hier besproken, en degenen met een wekelijkse arbeidsomvang van minder dan 15 uur waarbij de tijdstippen voor het verrichten van het werk niet zijn vastgelegd.

¹²⁰ HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2907, JAR 2013/140, m.nt. Zwemmer.

¹²¹ Eurofound, *New Forms of Employment*, Luxemburg: Publications Office of the European Union, 2015, p. 114.

¹²² Hoewel de wetgever nog in 2009 van mening was dat werknemers voldoende mogelijkheden hebben om arbeid en zorg te combineren (*Kamerstukken II* 2009/10, 32465, nr. 3, p. 7), zijn de verlofvormen sindsdien diverse keren uitgebreid; zie bijvoorbeeld *Stb.* 2018, 415.

in dienst zijn.¹²³ Platformwerkers die meerdere dienstverbanden in deeltijd combineren, zullen over het algemeen geen problemen ondervinden wat betreft de toegang tot de verlofrechten. Plantenga constateerde reeds: “Nederland is een deeltijdeconomie en deze vorm van flexibilisering is inmiddels vrijwel volledig in het systeem van sociale zekerheid verwerkt.”¹²⁴ Uit haar inventarisatie “blijkt dat er inmiddels nauwelijks problemen meer zijn in het geval van een deeltijdse aanstelling. Drempelwaarden voor de te werken uren zijn geslecht en de aanspraken op verlof zijn zodanig vormgegeven dat deeltijders en voltijders hierin gelijk worden behandeld. Ook kinderopvangvoorzieningen zijn in gelijke mate als voor voltijdwerkenden toegankelijk voor werknemers met een deeltijdse aanstelling.”¹²⁵ Verder zijn diverse ‘wachperiodes’ die vroeger golden alvorens men in aanmerking kon komen voor bijvoorbeeld het ouderschapsverlof, inmiddels uit de wet geschrapt.¹²⁶ Dit is gunstig voor platformwerkers die niet langdurig, maar meer op incidentele basis dit soort werk verrichten.

In de praktijk kan een werknemer die banen combineert natuurlijk wel tegen problemen oplopen wanneer hij of zij afspraken wil maken met de verschillende werkgevers over een verlofregeling, bijvoorbeeld wat betreft de start en duur van het verlof. Ook bij de verdeling van arbeidsuren over de week (het arbeidstijdpatroon) kunnen conflicten ontstaan tussen de belangen van de werknemer en de belangen van de werkgevers. De eerdergenoemde Wfw geeft de werknemer het recht om de werkgever te verzoeken om aanpassing van de arbeidsduur, arbeidsplaats of werktijd.¹²⁷ De wet bepaalt vervolgens dat de werkgever dit verzoek van de werknemer dient in te willigen, tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich daartegen verzetten. Het is ook mogelijk dat de werkgever het arbeidstijdpatroon wil wijzigen. Dat kan dat leiden tot problemen ten aanzien van de beschikbaarheid van de werknemer voor zijn andere baan of ten aanzien van de privéverantwoordelijkheden van de werknemer. Volgens art. 4:1a Arbeidstijdenwet moet de werkgever – voor zover dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden – bij de vaststelling van het arbeidstijdpatroon van de werknemer rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid, waaronder in elk geval begrepen de zorg(taken) voor kinderen, (afhankelijke) familieleden, verwanten en naasten, alsmede maatschappelijke verantwoordelijkheden die door de werknemer worden gedragen. De werknemer is echter ook gehouden redelijke voorstellen van de werkgever tot wijziging van arbeidsvoorwaarden te aanvaarden.¹²⁸ Uit de jurisprudentie is af te leiden dat, wanneer de werkgever het arbeidstijdpatroon wil wijzigen, de rechter

123 Art. 1:1 WAZO laat de mogelijkheid open dat anders wordt bepaald. Zie bijvoorbeeld art. 3:6, waaronder niet alleen werknemers vallen, maar ook aan hen gelijkgestellten zoals personen die op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) recht hebben op een loongerelateerde uitkering.

124 Plantenga 2017, p. 257.

125 Plantenga 2017, p. 270.

126 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2010/11, 32855, nr. 3, p. 3.

127 Art. 2 Wfw. Er is een drempelwaarde van 26 weken alvorens de arbeidsduur, arbeidsplaats of werktijd op grond van dit artikel gewijzigd kan worden. De aanpassing dient schriftelijk aangevraagd te worden ten minste twee maanden vóór het beoogde tijdstip van ingang van de aanpassing.

128 HR 26 juni 1998, NJ 1998/767, JAR 1998/199 (*Van der Lely/Taxi Hofman*); HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 (*Stoof/Mammoet*).

vaak van de werknemer zal eisen om flexibiliteit te tonen.¹²⁹ Wettelijk gezien moeten de werkgever en de werknemer dus rekening houden met elkaars belangen, maar als zij er niet uitkomen, bijvoorbeeld omdat de werknemer begrensd is in zijn flexibiliteit vanwege privéverplichtingen of verplichtingen die voortvloeien uit een andere baan, blijkt dus uit de jurisprudentie dat het vaak de werknemer is die zal moeten inbinden.

Het is verder belangrijk op te merken dat de genoemde verlofrechten uit de WAZO niet gelden voor zelfstandigen. Een uitzondering is de vrouwelijke zelfstandige die op grond van de WAZO recht heeft op uitkering in verband met zwangerschap en bevalling gedurende zestien weken (art. 3:18 WAZO) dan wel een recht op uitkering ter financiering van vervanging (art. 3:21 WAZO). Over het algemeen acht men verlofrechten, zoals kort- en langdurend zorgverlof, voor zelfstandigen verder niet relevant. Zelfstandigen hoeven immers geen verlof aan een derde te vragen als zich plotseling fricties voordoen tussen arbeid en zorg.¹³⁰ Omdat zij niet in een gezagsverhouding staan, hebben zij, meer dan werknemers, de mogelijkheid om zelf prioriteiten te stellen en beslissingen te nemen, dan wel voor mogelijke combinatieproblemen van tevoren een voorziening te treffen.

Plantenga concludeert dat 'de moderne en flexibele arbeidsmarkt' deels zelf de eigen oplossing biedt voor het arbeid-en-zorgvraagstuk. Juist in een arbeidsmarkt waarin iedereen wordt geacht voltijds te werken is publieke ondersteuning in de combinatie van arbeid en zorg nodig. Dat is minder nodig wanneer men in deeltijd kan werken of wanneer men een zekere autonomie in de arbeidstijden heeft, zoals in het geval van een zzp'er.¹³¹ De flexibele arbeidsmarkt verklaart dus ook waarom Nederland een relatief beperkte zorginfrastructuur kent en waarom betaald verlof als publiek arrangement nauwelijks voorhanden is. Zij benadrukt daarbij terecht dat een dergelijke systematiek de zorgverantwoordelijkheid impliciet bij het individu legt. Wat de multi-jobbers betreft, geldt dit des te meer. Werkenden die banen combineren en daarnaast zorgtaken hebben in de privésfeer zullen in het algemeen een grote flexibiliteit aan de dag moeten leggen.

4.7 Conclusies

Het inkomen dat verdiend wordt met platformwerk is doorgaans niet zo hoog. Daarom is er vaak ook een andere inkomstenbron nodig. Er zijn indicaties dat onder platformwerkers veel multi-jobbers te vinden zijn: mensen die meerdere 'banen' combineren. Het aantal multi-jobbers groeit. Het zijn met name mensen die op basis van flexibele contracten werken die banen combineren. Knelpunten doen zich met name voor bij mensen die zijn aangewezen op lager betaald werk en werk dat beschikbaar is in kleine deeltijdbanen. Wanneer de kleine deeltijdbaan het hoofdkomen vormt, kan dit snel leiden tot financiële problemen. Verschillende banen combineren is dan een noodzaak. Daarbij gaat het niet zelden om banen met onregelmatige uren, waardoor men vaak en lang beschikbaar moeten zijn voor werk.

¹²⁹ Roozendaal 2012.

¹³⁰ Zie bijvoorbeeld S.E. Heeger-Hertter, '9.7 WAZO voor zelfstandigen', in Kroon en De Casparis.

¹³¹ Plantenga 2017, p. 270-271.

In deze bijdrage heb ik daarom eerst stilgestaan bij de beloning van multi-jobbers. We zien dan meteen dat de vraag of een platformwerker een arbeidsovereenkomst heeft met het platform terecht een van de vragen is waaraan de arbeidsrechtelijke literatuur de meeste aandacht besteedt. Wanneer op basis van een arbeidsovereenkomst wordt gewerkt, bestaat het recht op beloning op minimumloonniveau. De personele werkingssfeer van de WML is sinds 2018 uitgebreid tot de arbeidsverhouding van degene die krachtens overeenkomst van opdracht arbeid verricht tegen beloning. Dit zou kunnen betekenen dat een deel van de zzp'ers, en dus ook een deel van de platformwerkers die geen arbeidsovereenkomst hebben, toch recht heeft op een minimumloon. Echte zelfstandigen hebben geen wettelijk recht op een minimumbeloning. In hoeverre dit onderscheid in de praktijk wordt gemaakt en nageleefd is echter nog onduidelijk.

Er is nog een knelpunt gesignaleerd: Nederland kent (nog) geen minimumuurloon. Voor degenen die een onregelmatig werkpatroon hebben, en zeker voor degenen die banen in verschillende sectoren combineren, sluit dit systeem niet goed aan op de praktijk. Het kan dan moeilijk zijn om vast te stellen op welke beloning de werker ten minste recht heeft. Een wetsvoorstel ter introductie van een minimumuurloon is ingediend bij de Tweede Kamer.

Onderzoek wijst uit dat multi-jobbers in Nederland een aanzienlijk lager loon verdienen dan degenen die één baan hebben en dat multi-jobbers gemiddeld een lager netto huishoudinkomen hebben. Meer uren kunnen werken kan dus belangrijk zijn voor werknemers met kleine deeltijdbanen. De wet biedt werknemer de mogelijkheid om de werkgever te vragen om aanpassing van de arbeidsduur, arbeidsplaats of werktijd. Deze Wet flexibel werken zou multi-jobbers kunnen faciliteren, omdat het voor de hand ligt dat zij de baan die ze al hebben sneller kunnen combineren met iets nieuws, als ze de mogelijkheid hebben tot aanpassing van deze elementen. Ook hier is het echter het bestaan van een arbeidsovereenkomst vereist.

Het arbeidsrecht gaat in zijn vormgeving echter impliciet uit van een duurzame verbintenis tussen een werknemer en één werkgever. Het combineren van banen is niet in de wet geregeld. Zo is bijvoorbeeld over het verrichten van nevenwerkzaamheden niets in de wet geregeld. In de praktijk worden veelvuldig contractuele restricties opgelegd aan het verrichten van nevenwerkzaamheden, bijvoorbeeld via cao's. Dit staat op gespannen voet met de vrije keuze van arbeid en kan het combineren van banen aanzienlijk beperken.

Hoewel het combineren van banen dus wettelijk niet is geregeld, gelden er indirect wettelijke restricties via de Arbeidstijdenwet. De arbeidsuren verricht in alle banen *tezamen* zullen binnen de normen van de Arbeidstijdenwet moeten blijven. Dat betekent dat het bijhouden van de gewerkte uren belangrijk is. Voor de werkgevers bestaat er een verplichting om de arbeids- en rusttijden van elke werknemer te registreren en de werknemer moet uit eigen beweging de benodigde informatie daarover aan ieder van zijn werkgevers verstrekken. Voor platformarbeid zou het registreren van arbeidstijden in principe niet moeilijk moeten zijn, aangezien het werk vaak plaatsvindt als de werknemer is ingelogd in de app en de werktijd dan automatisch kan worden geregistreerd. In deze bijdrage is echter vastgesteld dat de wet niet duidelijk is over hoever de zorgplicht van elke werkgever strekt om zich te vergewissen of maximumnormen nageleefd worden in

het geval de werknemer meerdere werkgevers heeft. Daarnaast is het nog de vraag wat bij platformwerk precies geldt als werktijd.

Tot slot is in deze bijdrage nog gekeken naar de beloofde flexibiliteit die platformwerk biedt en de vraag hoe de verschillende regelingen die als doel hebben de werk-privébalans te bevorderen uitpakken voor platformwerkers die banen/opdrachten combineren. De flexibiliteit die platformwerk biedt, heeft vaak meer gezichten. Het kan bijvoorbeeld zeer gunstig zijn om te kunnen kiezen wanneer men werkt, maar wanneer men afhankelijk is van dit werk voor zijn levensonderhoud valt er weinig te kiezen en zal men vanwege de vaak lage beloning juist veel moeten werken. Toch is de mogelijkheid om werk en privéleven (goed) te combineren steeds een van de belangrijkste redenen die platformwerkers noemen wanneer ze gevraagd worden naar hun beweegredenen om platformwerk te verrichten. Een goede werk-privébalans is dus (ook) voor platformwerkers zeer belangrijk. De belangrijkste wettelijke instrumenten om het combineren van werk en privéleven te vergemakkelijken zijn de verschillende verlofregelingen. Deze zijn alleen toegankelijk voor mensen die in loondienst werken. Deels zijn ze ook onbetaald. De conclusie is onderschreven dat een dergelijke systematiek de zorgverantwoordelijkheid impliciet bij het individu legt. Dit geldt des te meer voor multi-jobbers. Werkenden die banen combineren en daarnaast moeten zorgen voor hun naasten zullen vooral zélf een grote flexibiliteit aan de dag moeten leggen.

Platformarbeid: een uitdaging voor sociale zekerheid?

Paul Schoukens & Saskia Montebovi

5.1 Inleiding

Net als in het arbeidsrecht, is de positie van platformwerkers ook in het socialezekerheidsrecht een actueel thema. Wel is de inhoudelijke discussie verschillend. Daar waar het arbeidsrecht vooral focust op het kwalificatievraagstuk, spitst het socialezekerheidsrecht zich voornamelijk toe op de invulling van de (socialezekerheids)bescherming. In het socialezekerheidsrecht is men al geruime tijd vertrouwd met de inhoudelijke invulling van sociale bescherming voor andere beroepsgroepen dan werknemers. Zo hebben de meeste Europese lidstaten wel een of andere vorm van sociale zekerheid voor zelfstandigen.¹ Zo ook zien we, wat platformwerkers betreft, dat de discussie in het socialezekerheidsrecht zich vrij snel richt op de vraag hoe de sociale bescherming er moet uitzien, ongeacht of de werker nu zelfstandige dan wel werknemer is.² Het kwalificatievraagstuk heeft hier dus snel een inhoudelijke dimensie (welk soort bescherming en niet zozeer of er bescherming is). Wellicht is dat ook zo, omdat kwalificatie in het socialezekerheidsrecht grotendeels afhankelijk is van de arbeidsrechtelijke uitkomst. Zijn platformwerkers werknemers voor de toepassing van het arbeidsrecht, dan zijn ze dat in beginsel ook voor de sociale zekerheid. Zijn ze echter geen werknemers, dan zullen ze als zelfstandigen sociaal verzekerd zijn of bij afwezigheid van beroepsactiviteit als ingezetene beschermd worden in een volksverzekering of in de sociale bijstand.

De sociale zekerheid kent momenteel veel uitdagingen, zoals de betaalbaarheid in de toekomst van het stelsel (omwille van vergrijzing en toenemende zorgkosten) en de toenemende globalisering en migratie die druk zet op de werkingssfeer (personeel, materieel, territoriaal), enz. Maar ook de toename in atypische werkvormen daagt in zekere zin de traditionele structuren van het socialezekerheidsrecht uit, zeker wanneer deze gebouwd zijn rond de standaard arbeidsrelatie werknemer-werkgever. In dit laatste kader speelt platformwerk een belangrijke rol. Hoewel het aanbieden van werk via digitale platforms qua omvang nog beperkt blijft, stelt platformwerk meerdere elementen aan de orde binnen de sociale zekerheid, waaronder de uitvoering, financiering en organisatie van de

1 Zie MISSOC, *Mutual Information System on Social Protection*, Brussels, EU Commission, table self-employed, <<https://www.missoc.org/missoc-database/self-employed/>>, geraadpleegd op 12 mei 2021.

2 Barrio, Montebovi & Schoukens 2018.

socialezekerheidsbescherming. Uit deze lijst van uitdagingen kiezen wij er een aantal die ook in Nederland sterk spelen.

We beginnen met de situering van platformwerk als een uitdaging voor de sociale zekerheid (par. 5.2), gevolgd door een situering van platformwerk in Nederland (par. 5.3). Daarna richten we ons op enkele uitdagingen en oplossingsrichtingen, zoals de financiering (inclusief het persoonlijke toepassingsgebied) en de relatie tussen platformarbeid, uitkering, werkverlies en passende arbeid (par. 5.4-5.6). We ronden de bijdrage af met een conclusie (par. 5.7).

5.2 Situering platformwerk als uitdaging voor de sociale zekerheid

Zoals in het arbeidsrecht, is de kwalificatie van de beroepsactiviteiten van de platformwerker van belang voor de toepassing van het socialezekerheidsrecht. In tegenstelling tot het arbeidsrecht, waar de bescherming grotendeels voorbehouden is aan de groep van werknemers, genieten zelfstandigen, en dus ook in afgeleide orde zelfstandige platformwerkers, wel van enige socialezekerheidsbescherming (met name voor de risico's van gezondheidszorg, zorg, gezinslast, ouderdom en overlijden). Toch is in vergelijking met de werknemers, de omvang van de socialezekerheidsdekking doorgaans beperkter gehouden. Risico's die betrekking hebben op arbeidsongeschiktheid, arbeidsongevallen en werkloosheid zijn niet altijd gedekt of zijn, in vergelijking met werknemers, beperkt tot een basisdekking. Bovendien is sociale verzekering niet (altijd) verplicht gesteld; het staat de zelfstandige platformwerker vrij zich al dan niet te verzekeren (opt-in of opt-out).³ Kortom, hoewel de rechtsgevolgen minder vergaand zijn dan in het arbeidsrecht, is de kwalificatie van de beroepsactiviteit voor het socialezekerheidsrecht eveneens van belang. Het hoeft ons dan ook niet te verwonderen dat platforms doorgaans liever 'zelfstandige' werkers contracteren. De sterk oprukkende platformeconomie werkt de trend van verzelfstandiging van werk in de hand; de beperkte rechtspraak die systematisch overgaat tot (her)kwalificatie van platformactiviteiten tot werknemersactiviteiten verandert hier voorlopig nog niet veel aan.⁴

Verder zijn er de nodige problemen bij de toepassing van het socialezekerheidsrecht op platformwerkers, ongeacht of men als zelfstandige dan wel als werknemer verzekerd is. De platformwerker laat zich moeilijk integreren in de bestaande stelsels; de zeer flexibele werkorganisatie is hier niet vreemd aan. Bestaande toepassingsproblemen die men ervaart bij zelfstandigen of werknemers in het algemeen, worden doorgaans uitvergroot in het geval van de platformwerker.⁵ Ze komen verder nog uitvoeriger aan bod in de bijdrage (zie financiering en uitkeringen). Hier kan al vermeld worden dat het ontbreken van een vaste arbeidsrelatie met één werkgever tot de nodige toepassingsproblemen leidt in zowel de financiering (premieheffing) als bij de toekenning van uitkeringen. Wie kan men uiteindelijk als werkgever van de platformwerker beschouwen? Ook de verloning van de kleine taken ('gigs') vormt geregeld een uitdaging voor de bepaling van het bijdragevatbare loon. Opereert de platformwerker als zelfstandige, dan ontstaan er geregeld problemen

3 Zie uitvoeriger over de sociale bescherming van zelfstandigen: Schoukens 2019b; Barrio & Schoukens 2019, p. 47-58; Schoukens 2021.

4 Zie de nationale rapporten verwerkt in Becker & Chesalina 2021.

5 Voor zelfstandigen, zie b.v. Barrio & Schoukens 2019, p. 58.

bij het declareren van het premieplichtige inkomen (onderwaardering en/of onregelmatig verloop van inkomsten).

Verder ondervinden platformwerkers, ongeacht het statuut waarin ze werkzaam zijn, de nodige problemen met een effectieve toegang tot socialezekerheidsuitkeringen. Minimumdrempels inzake inkomen en/of arbeidsduur zijn hier schuldig aan (zie verder onder financiering en uitkeringen). Deze drempels nemen toe in de stelsels; ze herleiden beroepsactiviteiten van minimale omvang tot zogenoemde 'marginale activiteiten'. Men spreekt ook van 'kleinverdieners', 'mini-jobs' of, als de dekking iets ruimer mag, van 'midi-jobs'. Toepassing en modaliteiten verschillen wel tussen de landen,⁶ maar ze hebben één ding gemeen: de activiteit moet van voldoende omvang zijn om in aanmerking te worden genomen voor het socialezekerheidsrecht. Zo niet, dan blijft de platformwerker voor diens bescherming afhankelijk van de werking van sociale bijstand en/of universele regelingen.

Landen die een eigen socialezekerheidsregeling voor platformarbeid invoeren in het socialezekerheidsrecht zijn nog beperkt in aantal.⁷ België voerde een bijzondere platformregeling: ze stelt de werker vrij van bijdragebetaling, maar ook van sociale bescherming als het jaarinkomen beperkt blijft. Verder moet de activiteit verricht worden voor een zogenoemd erkend platform. Het platform dient zich vooraf te registreren om erkend te worden voor de toepassing van de vrijstellingsregeling: in 'ruil' voor de vrijstelling worden immers betalingsgegevens overgemaakt aan fiscale en sociale administraties, dit met het oog op uitvoering en handhaving. Frankrijk van zijn kant voerde dan weer een premieheffing in voor de verhuur van particulier onroerend goed dat aangeboden wordt via platforms; mede hierdoor wordt de definitie van inkomsten uit beroepsactiviteiten alvast verruimd tot huurinkomsten. In Estland is een vereenvoudigde aangifte van inkomsten en een bevrijdende betaling van belasting en socialezekerheidspremies ingevoerd voor zogenoemde 'kleine zelfstandigen' en freelancers (waaronder vele platformwerkers). 'Kleine zelfstandigen' voelen zich immers 'niet geroepen' om belasting of bijdrage te betalen, gelet op de zware fiscale en boekhoudkundige procedures die hiermee gepaard gaan. Hun zelfstandige zaak heeft doorgaans ook maar een beperkte kostenstructuur; een belasting- of premieaangifte met het oog op aftrek van kosten spreekt hen dan ook minder aan. Om deze werkers uit het grijze circuit te houden, heeft men een laagdrempelige aangifte ingevoerd die via de bank verloopt. De bankinstelling – hiertoe gemachtigd door de fiscale administratie – houdt onmiddellijk een bijdrage in op elke betaling die binnenkomt op de bedrijfsrekening van de zelfstandige en stort deze door aan de administratie. De bronheffing werkt bevrijdend; van de zelfstandige wordt verder geen bijdrage verwacht.

Platformwerkers ondervinden ten slotte ook de nodige problemen wanneer ze verschillende activiteiten combineren. Door de gigs die ze verrichten, zijn platformwerkers in staat om, haast eindeloos, kleine activiteiten te combineren. Dit zal noodgedwongen leiden tot een samenloop van sociale verzekeringen indien er per type van beroepsactiviteit een eigen stelsel werd ingericht. Meer dan ooit zullen personen (deels) verzekerd zijn in verschillende stelsels. Zo kan men tegelijk of achtereenvolgens werknemer, zelfstandige, *gig worker* of

⁶ Zie voor een overzicht, in het bijzonder in de bijlage: Schoukens 2020b.

⁷ Zie de nationale rapporten, verwerkt in Becker & Chesalina 2021.

platformwerker zijn. Er dreigt dan ook een gevaar van opgedeelde loopbanen die elk op zich te beperkt zijn om tot een volwaardige dekking te komen. Indien deze opgedeelde loopbanen niet of onvoldoende (intern in de stelsels) gecoördineerd worden, dreigt de verzekerde met (bijna) lege handen te staan. Er zal daarom ook de nodige inspanning gedaan moeten worden om coördinatiebruggetjes te maken tussen de bestaande sociale verzekeringen.

Een alternatief is om, zoals in de noordelijke landen, te komen tot een algemene arbeidsverzekering waar alle beroepsactiviteiten op een passende wijze worden ondergebracht. Zo kunnen we vaststellen dat alsmear meer landen hun beroepsregelingen transversaal open stellen voor de verschillende typen van beroepsactiviteiten. Hoe klein ook de verdiensten van bepaalde (bij)activiteiten uitvallen, ze worden allemaal opgenomen in een gemeenschappelijk stelsel en kunnen op geaggregeerde basis opgebouwd worden tot een volwaardige sociale verzekering. Ook de roep in Nederland om voornamelijk op basis van arbeidsvormneutrale sociale zekerheid te werken, kan hieronder worden begrepen.⁸

5.3 Situering platformwerk in Nederland

Waar sommige landen zoals Frankrijk, België of Estland specifieke socialezekerheidswetgeving voor platformwerk(ers) gecreëerd hebben, is dat in Nederland – nog – niet zo. Daarom vallen platformwerkers in Nederland onder de algemene socialezekerheidswetgeving. Dat houdt in dat ze ofwel als werknemer ofwel als zelfstandige verzekerd zijn.⁹

Voor zelfstandigen in Nederland bieden de volksverzekeringen bescherming tegen een aantal sociale risico's. Tot die volksverzekeringen behoren de verplichte zorgverzekering (Zvw), de AOW (pensioen eerste pijler), de kinderbijslag (AKW) en eventueel een nabestaandenpensioen (Anw). Als laatste vangnet gelden nog regelingen met een bijstandskarakter: de Wet Inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen (IOAZ) en de Bijstand voor zelfstandigen (Bbz) en tot slot de Participatiewet.

Voor werknemers geldt een uitgebreider socialezekerheidspakket. Zij kunnen namelijk terugvallen op zowel de volksverzekeringen als de werknemersverzekeringen. Deze tweede groep verzekeringen zijn de Ziektewet (ZW), de Werkloosheidswet (WW) en de wet Werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA, bij langdurige arbeidsongeschiktheid van minimaal 35%). Bovendien kunnen werknemers op grond van hun individuele of collectieve arbeidsovereenkomst ook rekenen op extra bescherming zoals de loondoorbetaling bij ziekte door de werkgever (art. 7:629 BW), bedrijfspensioenen (pensioen tweede pijler) en eventuele WIA-aanvullingen.¹⁰ Ook werknemers kunnen op een minimumuitkering terugvallen, als laatste vangnet. Dat zijn de Inkomensvoorziening Oudere Werklozen (IOW), de Inkomensvoorziening Oudere en gedeeltelijk Arbeidsongeschikte Werkloze werknemers (IOAW) en de bijstand (Participatiewet).

8 O.a. Commissie Regulering van werk 2020, Ter Weel e.a. 2019, WRR 2020, p. 91, Wetboek van werk 2019, p. 8, en zie ook het slot van paragraaf 5.4.2 in dit hoofdstuk.

9 Zie ook Klosse & Montebovi 2020.

10 Schoukens & Montebovi 2019, p. 356.

In de gevallen dat platformwerkers in Nederland als zelfstandigen worden gekwalificeerd, hebben zij omwille van het universele karakter van de volksverzekeringen in ieder geval altijd een basisbescherming tegen ziektekosten (Zvw) en ouderdom (AOW). Zij hebben dan vaak ook nog fiscale voordelen en worden geacht een deel van hun inkomsten te gebruiken voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering of extra pensioen. Arbeidsgerelateerde risico's zoals ziekte, kort- of langdurend, en werkloosheid worden (nog) niet publiekrechtelijk geregeld voor de platform-zzp'ers.¹¹

Naast de categorieën werknemers en zelfstandigen, kent het Nederlandse stelsel ook een categorie 'gelijkgestelden' die bepaalde werkenden gelijkstelt met werknemers omdat zij in een sociaaleconomisch vergelijkbare positie verkeren. Onder voorwaarden kunnen zelfstandigen (zzp'ers) zo op basis van een fictieve dienstbetrekking toegelaten worden tot de werknemersverzekeringen.¹² De fictieve dienstbetrekking is verder uitgewerkt in het Rariteitenbesluit.¹³

Onder de groep gelijkgestelden, die dus via een uitbreiding van het werknemersbegrip ook tot de personele werkingssfeer van de werknemersverzekeringen behoren, valt een hele gevarieerde groep werkenden. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om handelsagenten, musici, artiesten en beroepssporters, personen die tegen beloning persoonlijke arbeid verrichten (en niet vallen onder de gewone werknemersbepalingen van art. 3 en 4 WW/ZW), alsook thuiswerkers onder bepaalde voorwaarden. Bovendien bestaat voor de meesten van hen (maar bijvoorbeeld niet voor de thuiswerker, zie art. 2 Rariteitenbesluit) ook nog de optie om met hun opdrachtgever de fictieve dienstbetrekking contractueel uit te sluiten. Dit alles maakt de fictieve dienstbetrekking geen eenvoudige rechtsfiguur voor de kwalificatie van sommige arbeidsrelaties en ook niet voor de rechtszekerheid ten aanzien van de werknemersverzekeringen.¹⁴

De vraag is echter of dit bijzondere Rariteitenbesluit misschien wel voor platformwerkers een uitweg biedt tot extra bescherming van de werknemersverzekeringen. Die exercitie is eerder gedaan en richtte zich op een grondige analyse van art. 3 Rariteitenbesluit, ook wel de tussenkomstbepaling genoemd.¹⁵ De conclusie was dat voor on-demand-platformwerkers die persoonlijke arbeid verrichten voor een derde met tussenkomst van een platform – en niet in de zelfstandige uitoefening van een beroep of bedrijf – deze tussenkomstbepaling ertoe zou kunnen leiden dat platformwerkers inderdaad als werknemers gekwalificeerd worden. Toch zit er ook een onzekere kant aan deze kwalificatie op basis van art. 3: de kwalificatie geldt niet voor alle platformwerkers en niet in alle situaties. Daarmee biedt dit mogelijke aanknopingspunt van het Rariteitenbesluit onvoldoende zekerheid (vooraf)

11 Een verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen (meer bepaald de zelfstandigen zonder personeel – zzp'ers) werd in het pensioenakkoord van 2019 afgesproken. Wanneer deze afspraak is uitgewerkt, zal dit ook veranderen.

12 Art. 4 en art. 5 WW/ZW en art. 8 lid 1 WIA.

13 Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd, 24 december 1986, ook wel Rariteitenbesluit genoemd.

14 Wetboek van werk 2019, p. 34; Klosse & Montebovi 2020, p. 11.

15 Van den Berg 2019. Zie tevens Vonk 2021, p. 163.

en zeker geen algemeen geldende conclusie tot een gelijkstelling van platformwerkers aan werknemers met een bijhorend uitgebreid socialezekerheidspakket.

Naast de gelijkgestellten zijn bepaalde werknemers juist uitgesloten van de werknemers-verzekeringen.¹⁶ Het gaat daarbij om politieke ambtsdragers, vrijwillige brandweerlieden of politieagenten, maar ook om personen die in de privéhuishouding van een ander werken voor maximaal drie dagen per week (schoonmaak, tuin, oppas, boodschappen). De rechtspositie van deze laatste groep wordt door de regeling Dienstverlening aan Huis verder ingekaderd.¹⁷

Een goed beeld van de daadwerkelijke omvang en verwachte groei van de platformeconomie ontbreekt nog. Enkele cijfers zijn er wel: SEO, bijvoorbeeld, deed in Nederland een 0-meting in 2017 (0,4% van de beroepsbevolking was kluswerker) en een 1-meting in 2019 (0,9% van de beroepsbevolking was op dat moment actief als klusser, en 0,8% was actief geweest als kluswerker), maar noteert daarbij zelf ook de beperkingen van het onderzoek (kleine groep respondenten, niet representatief, enkel bepaalde beroepsgroepen).¹⁸ Feit is dat het gebruik van platforms toeneemt en bijgevolg ook de inkomsten via deze platforms verkregen.

Dat die inkomsten vervolgens moeten (zouden) worden belast, is de grote uitdaging van dit moment (zie ook onder paragraaf 5.2). Het gaat dus om de inkomensheffing bij particulieren en ondernemers (samen de platformgebruikers) voor hun inkomsten behaald via de digitale platforms.¹⁹ Daarnaast speelt specifiek voor Nederland ook de uitdaging – al veel langer – van de verschillende fiscale behandeling en sociale bescherming van werknemers en zelfstandigen (zzp'ers), waardoor de segmentatie van de Nederlandse arbeidsmarkt steeds verder toeneemt en een point of no return nadert, omdat steeds meer werkenden zich buiten het socialezekerheidsstelsel begeven en daardoor de draagkracht van het sociale stelsel aantasten en ondermijnen.²⁰

Onderstaande figuur illustreert en bevestigt de grote verschillen in arbeidskosten voor werknemers en zelfstandigen (IB-ondernemers) in Nederland, waardoor het voor opdrachtgevers en zelfstandigen vaak financieel interessant is om het werknemerschap te mijden.²¹

16 Art. 6 WW/ZW.

17 Rijksoverheid 2015 <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/regelingen/2015/09/30/regeling-dienstverlening-aan-huis>>, geraadpleegd op 12 mei 2021; Zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 30804.

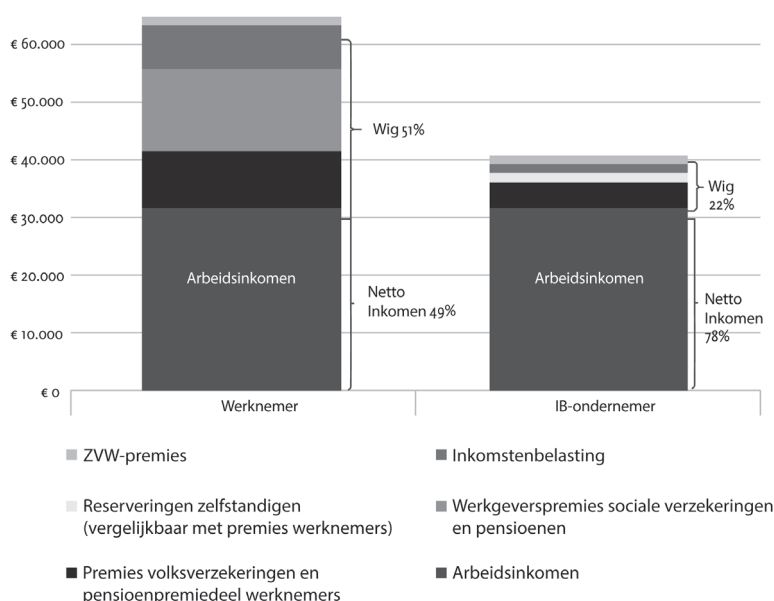
18 Ter Weel e.a. 2018 en Ter Weel e.a. 2020, p. 4.

19 Ministerie van Financiën 2020b, p. 11.

20 Ministerie van Financiën 2020a, p. 33-34; OESO 2019, p. 4; Commissie Regulering van werk 2020, p. 9, 110.

21 Overgenomen uit Ministerie van Financiën 2020a, p. 34 (IB=Inkomstenbelasting). Zie voor de afbakening werknemers-zelfstandigen ook: Pennings 2018, p. 72 (een werknemer heeft bij eenzelfde beloning als een zzp'er een aanmerkelijk lager netto inkomen).

Figuur : Uitsplitsing van arbeidskosten per type werkende in Nederland (bij een gelijk netto-inkomen)



5.4 Uitdagingen en oplossingsrichtingen aan de financieringszijde van sociale zekerheid

5.4.1 Algemeen

Platformarbeid kent een onregelmatig verloop, ongeacht of dit nu op zelfstandige basis dan wel in loondienst wordt uitgeoefend. Verder is het niet steeds even duidelijk wie nu precies de opdrachtgever of de werkgever is van de platformwerker. Voor de organisatie van de financiering van sociale zekerheid zullen deze onduidelijke situaties daarom de nodige uitdagingen met zich meebrengen.

Het inkomen dat platformwerkers genereren verloopt niet altijd op een regelmatige basis. Afhankelijk van de (aanvaarde of uitgevoerde) opdrachten zal de platformwerker betaling genieten. Alzo kan in bepaalde periodes weinig, dan wel veel verdiend worden. Voor de organisatie van de sociale zekerheid kan dit problematisch zijn als, zoals in vele Europese landen, gewerkt wordt met minimumdrempels van verdiensten.²² Blijft men onder de drempel met de (ontvangen) inkomsten, dan wordt, afhankelijk van het systeem, de platformarbeid niet gekwalificeerd als activiteit die in aanmerking komt voor sociale verzekering. De socialeverzekeringloopbaan van de platformwerker dreigt dus opgebroken te worden. Bijgevolg wordt de *toegang* tot socialezekerheidsuitkeringen bemoeilijkt

22 Schoukens 2020a. Zoals verder nog aan bod zal komen is dit in Nederland geen omvangrijk probleem, ten minste als men actief is als werknemer. Immers ook bij kleine deeltijdarbeid kan men al toegang hebben tot de werknemersverzekeringen.

wanneer stelsels gebruikmaken van minimale arbeidsperioden en verzekeringsperiodes. Minimumdrempels zijn dus niet enkel een probleem bij de financiering van het stelsel. Ze hebben ook de nodige gevolgen voor de opbouw van uitkeringen (probleem van effectieve bescherming).

Een aantal stelsels (o.a. in Polen, Cyprus, Hongarije) heeft om die reden dan ook besloten om regelingen uit te werken voor 'kleinverdieners' voor wie de minimumfinancieringsdrempel verlaagd is. Om de financiële draagkracht van het stelsel te waarborgen, is daarbij eveneens besloten om het pakket van sociale verzekering te beperken of enkel op vrijwillige basis open te stellen.²³ Kleinverdieners genieten hierdoor slechts een beperkte 'mini'verzekerings. Maar ook in deze aangepaste regeling kan het zich voordoen dat de platformwerker problemen heeft om de minimale bijdragen te betalen. Bijgevolg voorzien de meeste stelsels in een bijzondere regeling van sociaal verzekerden met betalingsproblemen: ze worden tijdelijk vrijgesteld van betaling van bijdragen, al dan niet met behoud van aanspraak op socialezekerheidsuitkering.²⁴

Onregelmatig verloop van het verworven inkomen creëert eveneens problemen voor de bepaling van de *inkomstenbasis* voor de bijdragebetaling. Zo zal men bij zelfstandigen en zelfstandige platformwerkers nogal eens gedwongen worden om met een voorlopige inkomstenbasis te werken, waarop voorlopige bijdragen betaald worden. Als na verloop van een bepaalde periode (doorgaans een jaar, in overeenstemming met het fiscale inkomstenjaar) duidelijk is geworden wat het uiteindelijk verworven inkomen is, zal de zelfstandige (platformwerker) moeten bijbetalen of een bedrag terugkrijgen, indien vooraf te veel werd betaald. In een aantal stelsels heeft men echter besloten te werken met een vaste bijdragebasis. Dit kan een fictieve basis zijn (gemiddeld inkomen in de sector of het land) maar ook bijvoorbeeld het laatste gekende vaste inkomen van de betrokken zelfstandige (van een definitief door de fiscus vastgesteld inkomen uit het verleden). Het voordeel van deze aanpak is dat de bijdrage die de zelfstandige (platformwerker) betaalt, vaststaat (en dus bevrijdend werkt). Het nadeel echter is dat inkomsten fluctueren en dat de werkelijk verdiende inkomsten van het lopende jaar lager of hoger kunnen uitvallen dan het vaste referentie-inkomen. Vallen ze lager uit, dan dreigt de platformwerker in de financiële moeilijkheden terecht te komen (zie hierboven); vallen de inkomsten hoger uit, dan zal de inkomenshoogte pas effect hebben één of meerdere jaren later, wanneer het uiteindelijk dienst doet als vast referentie-inkomen. Het moge echter duidelijk zijn dat, ongeacht het toegepaste stelsel, de zelfstandige (platformwerker) geconfronteerd wordt met een situatie waarbij het werkelijk verdiende inkomen uiteindelijk vertraagd doorwerkt in de vaststelling van de definitieve bijdragebasis.

Inkomen uit platformwerkactiviteiten is niet altijd makkelijk traceerbaar, zeker wanneer dit op 'zelfstandige' basis verdiend wordt. Wordt het niet (correct) gedeclareerd, dan blijven de verworven inkomsten of zelfs de gehele activiteit grotendeels onder de radar.²⁵ Omwille van het sterk virtuele karakter dreigt platformarbeid al gauw in het grijze arbeidscircuit

23 Schoukens 2019b.

24 Ibid.

25 Suarez 2017, p. 293-312.

te vertoeven. Dit is zeker het geval wanneer het online wordt uitgeoefend. Om een correct beeld te krijgen over de inkomensgegevens zal er dus nauw moeten worden samengewerkt met de platformaanbieders.²⁶ Sommige stelsels gaan echter verder en leggen platformaanbieders op om de inkomstengegevens te rapporteren aan de (para)fiscale instellingen.²⁷

Hierbij aansluitend is de meer fundamentele vraag wat nu als beroepsactiviteit kan worden beschouwd bij platformarbeid. Wat is uiteindelijk *beroepsinkomen*? Hoe trekken we de lijn tussen kleine inkomsten uit kleine geïsoleerde activiteiten, die eerder in de hobbysfeer liggen, en inkomsten die op regelmatige wijze worden verworven, zodat men (potentieel) in zijn levensonderhoud kan voorzien? Die lijn is niet steeds even makkelijk te trekken bij platformarbeid. Het is bovendien een van de redenen waarom bepaalde stelsels een minimumfinancieringsdrempel hanteren om activiteiten die slechts marginaal inkomen opbrengen uit te sluiten van sociale verzekering; zodoende vallen ze onder de noemer van vrije tijd.

Los van de omvang kan eveneens de aard van de verdiensten onduidelijk zijn. Platformwerkers kunnen op basis van verschillende criteria betaald worden. Dit zal niet steeds in functie van een geleverde (arbeids)prestatie zijn. Zo kunnen bij bepaalde profielen, het aantal volgers, hits of gedownloade pagina's bepalend zijn voor de omvang van de betaling. Maar gaat het in deze gevallen dan ook om beroepsinkomsten? Platformgebruikers die op deze wijze geregeld inkomen (bij)verdienen, zullen vaak van oordeel zijn dat deze verdiensten geen beroepsinkomsten zijn; ze staan immers niet altijd in rechtstreeks verband met geleverde arbeid. Daarentegen worden inkomsten van zelfstandigen nu net gekenmerkt omwille van het feit dat ze niet altijd een onmiddellijk gevolg zijn van gepresteerde arbeid in een bepaalde tijdperiode. Zelfstandigeninkomsten zijn nu eenmaal meer divers van aard; ze zijn een hybride vorm van opbrengsten uit kapitaal, investeringen en geleverde inspanningen om de zaak te doen renderen. Dit alles maakt het natuurlijk moeilijker om uit te maken met welke inkomsten nu rekening moet worden gehouden voor de financiering van de sociale zekerheid.²⁸

Verder kan eveneens de *inning* van de premies problematisch zijn. Dit probleem speelt eveneens bij de groep van platformwerknemers, en in het bijzonder bij de vraag wie nu als werkgever kan worden beschouwd om de inhouding van de premies op het loon te materialiseren. Het is niet altijd even duidelijk wie als werkgever acteert in het geval van

26 Zie in die zin bijvoorbeeld de recent genomen Belgische regeling: Programmawet 1 juli 2016, art. 22 e.v.

27 Zie also bijvoorbeeld de recent in Frankrijk aangenomen regeling waarbij platforms verplicht gaan worden om informatie te verlenen aan de fiscale diensten over inkomsten die gebruikers van het platform genereerden in het afgelopen jaar: Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude (article 10). Ook in landen zoals Estland en Finland wordt vanuit de (para)fiscale administratie meer druk gezet op platformaanbieders om inkomstengegevens kenbaar te maken. Zie hierover de bijdragen van D. Jegorov, 'e-Solutions in the future tax-benefit system' en J. Viskari, 'Finnish e-state solutions and cross-border cooperation between Estonia and Finland', gepresenteerd op High-Level Conference, Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs Council (EPSCO) *Future of Work: Making It e-Easy*, Tallinn 2017, https://www.youtube.com/watch?time_continue=1&v=W5B0gKZq83Y.

28 Schoukens 2020a.

de platformwerknemer? Het platform zelf of de (rechts)persoon die de opdracht heeft geplaatst op het platform? Interessant hierbij zijn recente (kwalificatie)zaken in de situatie van offline platformactiviteiten. Hier wordt nogal eens tot werknemerschap besloten indien het platform de arbeid sterk reguleert met betrekking tot de wijze van uitvoering en betaling; bijgevolg wordt in deze gevallen de platformaanbieder als werkgever beschouwd.²⁹ Deze aanbieder staat dan ook in voor het correcte verloop van inning van premies.

Indien echter de platformaanbieder de arbeid van de platformwerker niet sterk reguleert, dan blijft de vraag of de opdrachtgever eventueel als werkgever kan worden beschouwd. Is het antwoord positief, dan volgt onmiddellijk de vraag hoe de inning van de sociale-zekerheidsbijdragen praktisch kan worden georganiseerd. In een dergelijk geval heeft de platformwerker namelijk een ontelbaar aantal (potentiële) werkgevers die elk een deel van de verplichte bijdragen zullen moeten inhouden en/of betalen als werkgever. Kortom, een quasi onmogelijke taak. Om de premieafdrachten mogelijk te maken, ontstaan in een aantal stelsels 'tusseninstanties' die namens de platformwerker de betalingen innen en onmiddellijk de wettelijke bijdragen afdragen aan de sociale verzekeringen.³⁰ De opdrachtgever krijgt zo de zekerheid dat de wettelijke verplichtingen inzake socialezekerheidsbijdragen nagekomen worden; de platformwerker van zijn/haar kant bouwt op basis van het samengebrachte inkomen sociale zekerheid op.

Een deel van deze opdrachtgevers kan zich bovendien in het buitenland bevinden, zeker wanneer het gaat om online crowdworkactiviteiten. Het is dan maar de vraag hoe zij zich van hun wettelijke taak als werkgever kunnen kwijten. Platformarbeid – zeker in de virtuele crowdworkvariant – kan zeer flexibel ingericht worden. Het overstijgt makkelijk landsgrenzen. Een minstens even uitdagend probleem als de precieze bepaling van het inkomen en de inning van premies heeft te maken met de bepaling van de geografische arbeidsplaats. Maar waar wordt gewerkt in het geval van platformarbeid dat grotendeels virtueel en dus zeer mobiel inzetbaar is (zoals in het geval van crowdwork)? Welke criteria gaan we hanteren om uit te maken waar activiteiten zijn verricht en waar men sociaal verzekerd is, waar de woonplaats of de effectieve werkplaats is gelegen? En wat te doen met *digital nomads*, een groep werkenden gekenmerkt door een voortdurend rondtrekken en mobiel inpluggen voor het 'werk'? Ook de plaats waar het platform is gevestigd of van waaruit het platform via servers wordt aangestuurd of waar de dienstenontvanger is gevestigd, biedt wellicht geen gewenste uitkomst voor dit vraagstuk. De arbeidsplaats is een belangrijk criterium bij arbeidsgerelateerde sociale verzekeringen, zowel in nationaal als internationaal recht.³¹

29 Zie in dit verband voor de Nederlandse situatie hoofdstuk 3 van dit boek.

30 Alzo in Zweden en in België (Smart). Zie Westregård 2021, Jorens 2021, Drahokoupil & Piasna 2019. Zie eveneens verder het voorstel van een digital social security (Weber 2018), waarbij een supranationale instelling de bijdrage int van het platform en doorstort aan het uiteindelijk bevoegd verklaarde socialezekerheidsstelsel.

31 Men kan hierbij bijvoorbeeld verwijzen naar de hoofdaanwijsregel in de Europese coördinatieverordening 883/2004; *Lex loci laboris*, of de plaats waar men beroepsactief is, bepaalt uiteindelijk het bevoegde socialezekerheidsstelsel (art. 11).

Platformarbeid, zeker in zijn online variant, is al gauw grensoverschrijdend van aard. Europese samenwerking – bijvoorbeeld door het gemeenschappelijk bepalen van de criteria ter aanduiding van de werkplaats bij platformarbeid – is wellicht aanbevolen. Omwille van het transnationale karakter van de activiteiten van een platformwerker, wordt al geopperd om een eigen Europees stelsel uit te werken voor de platformwerkers.³² Anderen pleiten voor een uniforme werkwijze in de organisatie van (een uniform bepaalde) premieafdracht: zo zou het platform op elke geldtransfer (voor een geleverde activiteit) een (internationaal vast bepaalde) bijdrage moeten inhouden en doorstorten naar het stelsel waar de platformwerker sociaal verzekerd is (bijvoorbeeld in het land waar de betrokkene woont). We betreden dan het domein van de 'digitale sociale zekerheid', een idee van premieheffing gelanceerd door E. Weber.³³

5.4.2 Nederland

Een socialezekerheidsstelsel dat niet voldoende wordt gevoed door premies, is op den duur financieel onhoudbaar. Minister Koolmees van Sociale Zaken en Werkgelegenheid drukte het voorzichtig uit: "De financiële houdbaarheid van het socialezekerheidsstelsel kan in gevaar komen als steeds meer werkenden niet meer meebetalen."³⁴

Dat de financiering van het Nederlandse socialezekerheidsstelsel onder grote druk staat en direct gelinkt is aan de afnemende bijdragen door werkenden, is niet enkel een Nederlandse constatering, maar is ook vanuit de EU en OESO meermaals benadrukt.³⁵ Het aantal zelfstandigen (zzp'ers) in Nederland is in verhouding opmerkelijk hoog en wordt ingegeven door de inrichting van de stelsels van arbeidsrecht, sociale zekerheid en fiscaliteit. Aangezien de *socialezekerheidsbijdragen*, waarvan de hoogte afhankelijk is van de kwalificatie volgens het *arbeidsrecht*, door de *Belastingdienst* worden geïnd en ingepast in het bestaande systeem, kan een hervorming van het bestaande sociale stelsel niet zonder een hervorming van de fiscaliteit.

Op het Nederlandse Ministerie van Financiën loopt sinds 2019 het grootschalige traject 'Bouwstenen voor een beter belastingstelsel'.³⁶ Doel van dit traject is de knelpunten van het huidige belastingstelsel te analyseren en daar vervolgens bouwstenen voor hervormingen voor aan te dragen. Uit de elf onderzoeken zijn zeven knelpunten naar voren gekomen waarmee een volgend kabinet vanaf 2021 verder aan de slag moet. Drie van deze knelpunten zijn van direct belang voor de sociale zekerheid: de steeds hogere lastendruk op arbeid voor werkenden, het feit dat het stelsel raakt uitgewerkt en, ten derde, de opkomst van de

32 Schoukens 2019a, p. 111-112.

33 Zie Weber 2018.

34 Brief van het Ministerie van SZW aan de Tweede Kamer, 'Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige'', 15 juni 2020, p. 14. Deze (open deur, maar dringende) constatering vinden we o.a. ook bij Commissie Regulering van werk 2020; EC, *Workshops Mutual Learning on Access to social protection for workers and the self-employed*, 2019-2020, ec.europa.eu/social; Lieman 2019, p. 4; IBO 2015.

35 OESO 2019; EU Commissie, *Aanbevelingen van de Raad over het nationale hervormingsprogramma van Nederland*, 2016, 2017, 2018, 2019. Zie bijvoorbeeld voor 2018 *PbEU* 2018, aanbeveling nr. 2, C-320/18, gepubliceerd 10 september 2018.

36 Zie o.a. Ministerie van Financiën 2020a.

flex- en platformeconomie die vraagt om aanpassing van wet en uitvoering.³⁷ Voor deze bijdrage focussen we op het laatste knelpunt: de platformeconomie. Die schuurt namelijk met het huidige stelsel van sociale zekerheid, zowel aan de kant van de platforms als aan de kant van de werkenden.

De (meeste) digitale platforms kennen – in tegenstelling tot het werkgeverschap – geen plicht om voor platformgebruikers de loonheffing af te dragen aan de Belastingdienst.³⁸ Die loonheffing bestaat, zoals wellicht bekend, uit premies werknemersverzekeringen, premies volksverzekeringen, loonbelasting en de inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet. Bovendien is het voor de belastingdienst moeilijk om (contra)informatie te verzamelen om zo te toetsen of de platformgebruikers hun inkomsten aangeven, en zo ja, of die gegevens correct zijn.³⁹

Bij de aankondiging van de onderzoeken, waaronder een over ‘het belasten van inkomsten uit digitale platforms’,⁴⁰ stelt de Staatssecretaris van Financiën onder andere:

“Daarom zal een onderzoek worden uitgevoerd om (potentiële) knelpunten en beleidsopties in kaart te brengen met betrekking tot het belasten van inkomsten behaald via digitale platforms door particulariseren en ondernemers voor de inkomensheffing. [...] Het streven is om te komen tot zo concreet mogelijke maatregelen voor digitale platforms. Bijvoorbeeld het stelselmatig aanleveren (renseigner) van gegevens door platforms aan de Belastingdienst wordt onderzocht als beleidsoptie. [...] In het onderzoek wordt in ieder geval aandacht besteed aan de mogelijkheden van invoering (van een andere wijze) van een heffing over de inkomsten behaald met kortstondige verhuur van vastgoed, bijvoorbeeld door de introductie van een inhoudingsplicht voor digitale platforms (een voorheffing of eindheffing).”⁴¹

In mei 2020 bood het Ministerie van Financiën het totale bouwstenentraject (169 bouwstenen/beleids-opties), met hervormingsvoorstellen voor het belastingstelsel, aan aan de Tweede Kamer.⁴² Een reactie van de Kamer met betrekking tot de platformeconomie (het gaat daarbij om vier van de 169 bouwstenen/beleids-opties) volgt nog.

Door de verwachte groei van de kluseconomie krijgen steeds meer belastingplichtigen een inkomen via digitale platforms, zo meldt het rapport ‘Het belasten van inkomsten behaald uit de deel- en kluseconomie. Bouwstenen voor een beter belastingstelsel’ van mei 2020.⁴³ Het is een van de recente rapporten van het Ministerie van Financiën, gericht op de analyse van de huidige knelpunten, maar ook op de toekomst; op zoek naar een geschikter fiscaal stelsel. De groei van de platformeconomie heeft namelijk effect op de flexibele arbeidsmarkt die nog meer fluïde kan worden. Oplossingen worden gezocht in mogelijke beleidslijnen om zo het Nederlandse fiscale stelsel toekomstbestendig te maken.⁴⁴ Het rapport verwijst

37 Ministerie van Financiën 2020a, p. 7.

38 Voor platforms die met hun werkenden een arbeidsovereenkomst afsluiten, geldt de uitgebreide bescherming van arbeidsrecht en sociale zekerheid.

39 Ministerie van Financiën, 2020b, p. 4 en p. 8.

40 Brief Ministerie van Financiën aan de Tweede Kamer, ‘Bouwstenen voor een beter belastingstelsel’, 15 april 2019 en ook *Kamerstukken II* 2019/20, 32140, nr. 71.

41 Idem, p. 10-11; zie ook Ministerie van Financiën 2020b.

42 Ministerie van Financiën 2020c.

43 Ministerie van Financiën 2020b, p. 4 en p. 8.

44 Ibid., p. 8.

daarbij uitdrukkelijk meerdere malen naar de Commissie Regulering van werk en bevestigt zo de directe link tussen de sociale zekerheid en de fiscaliteit alsook de grote noodzaak om de huidige arbeidsmarkt en fiscale regels beter op elkaar af te stemmen.

De complexiteit van de huidige fiscale wetgeving is gelaagd: het betreft zowel de regels over de tijdelijke verhuur van een woning als de inkomsten uit dienstverlening (bijvoorbeeld maaltijdbezorging, schoonmaak en vervoer). Maar de complexiteit betreft ook de toepassing en interpretatie van de huidige regels door zowel platformgebruikers als de Belastingdienst. En daarom neemt, net zoals in de meer traditionele economie, ook in de platformeconomie het aantal kwalificatievraagstukken toe: is er sprake van inkomsten, hoe moeten deze precies worden belast en welke feiten en omstandigheden hebben daarbij een doorslaggevende rol?⁴⁵

Doordat de fiscale wetgeving zo complex is, is ook de naleving ervan niet eenvoudig. Dat geldt zowel voor de platformgebruikers (de platforms en de werkenden) als de Belastingdienst. In de rapporten van de Commissie Regulering van werk en de bouwsteen 'Belasten van Vermogen', wordt die complexiteit ook aangekaart. Door een snelle groei van de platformeconomie bestaat daarom het risico dat de complexe fiscale regelgeving ertoe leidt dat de platformgebruikers hun inkomsten via die digitale platforms niet goed, niet volledig of helemaal niet aangeven.⁴⁶

Aan de hand van vier beleidslijnen, worden in de rapporten van het Ministerie van Financiën oplossingen aangereikt voor de modernisering van het fiscale stelsel in Nederland, waarbij ook inkomsten uit de platformeconomie meegenomen worden. Deze vier beleidslijnen zijn gebaseerd op literatuurstudie en consultaties in Nederland, maar ook op ervaringen van andere landen en op EU- en OESO-trajecten.⁴⁷

Beleidslijn 1 richt zich op *verplichte gegevenslevering door digitale platforms (de gegevensrenseignering)*. Het grote voordeel hiervan is dat de Belastingdienst (contra)informatie ontvangt en daarmee de naleving door en dienstverlening aan de belastingplichtigen kan verbeteren. Op termijn zou daardoor bijvoorbeeld de vooringevulde aangifte (VIA) kunnen worden verstuurd aan de platformgebruiker die zo ook beter en eenvoudiger zijn fiscale aangiftes kan doen. Zowel de EU als de OESO zijn grote voorstander van deze beleidslijn en werken aan een bijhorende set van gegevens die ook als harmoniseringsinstrument grensoverschrijdende gegevensuitwisseling mogelijk maakt. Een nadeel is de praktische uitvoerbaarheid, zeker in de beginnende fase (welke gegevens worden gedeeld; zijn ze compatibel met gegevens uit andere landen, enz.).⁴⁸

Beleidslijn 2 is opgebouwd rond *inhoudingsplicht voor platforms voor alle individuele aanbieders*. Een voordeel van deze inhoudingsplicht is dat de belastingaafdracht al op het moment van de uitbetaling gebeurt, door het platform. Een nadeel is dat de progressiviteit

45 Ibid., p. 4 en zie ook Ministerie van Financiën, 2020a, p. 32 e.v.; zie over de onzekerheid van de kwalificatie ook: Pennings, 2018, p. 74-75.

46 Ministerie van Financiën 2020b, p. 8.

47 Ibid., p. 4.

48 Ibid., p. 4-5, 12.

van de belastingtarieven hier niet in meegenomen is. Een ander nadeel ligt in de uitvoering omdat eerst een grondige aanpassing van de huidige processen en systemen doorgevoerd moet worden. Het tegenargument van sommige platforms – dat de aangifte niet door hen maar door de gebruiker moet gebeuren, omdat het veel administratie- en efficiencykosten met zich meebrengt – kan worden gepareerd met het argument dat ook internationale ondernemingen uit de klassieke economie deze zware administratieve verplichtingen hebben. Bovendien heeft ook de Commissie Regulering van werk zich positief uitgesproken over de inhoudingsplicht.⁴⁹

Beleidslijn 3 focust op de *vereenvoudiging van fiscale wetgeving*. Het is inderdaad waar dat de huidige fiscale regels (te) ingewikkeld zijn. Daardoor is bijvoorbeeld niet altijd vooraf duidelijk of en hoe bepaalde inkomsten door de Belastingdienst worden meegenomen in de belastingaangifte en hoe wordt omgegaan met kostenaftrek. De kwalificatievraagstukken van bepaalde vormen van arbeid kunnen enkel geval tot geval opgelost worden aan de hand van feiten en omstandigheden. Dit is vanzelfsprekend niet bevorderlijk voor een goed werkend stelsel. Voor deze problemen worden ook aanbevelingen aangereikt in het rapport 'Bouwsteen Belasten van Vermogen' en dat van de Commissie Regulering van werk.⁵⁰

Beleidslijn 4 heet 'Voorlichting'. Dat informatievoorziening als zo essentieel wordt gekwalificeerd in een aparte beleidslijn, zal sommigen verbazen, anderen niet. Maar optimale voorlichting voor de platforms én hun werkenden is inderdaad wezenlijk, zeker bij de uitrol van een nieuw belastingstelsel en fenomeen (namelijk: nieuw voor iedereen die voor het eerst inkomsten via platformwerk ontvangt). Op nationaal niveau kan die voorlichtersrol bij de Belastingdienst worden gelegd om gebruikers te informeren en ook te wijzen op hun fiscale plichten. Op internationaal niveau wordt nu al door de OESO een gedragscode ontwikkeld waarmee platforms hun gebruikers horen te informeren.⁵¹ Dat idee van voldoende informatie vooraf en tijdens de arbeidsactiviteiten, richting alle belanghebbenden, omarmen we volledig. Het is zowel voor de platforms als de platformwerkenden de eerste stap naar goed inzicht in de rechten (opbouw uitkering) en plichten (afdracht inkomsten).

Bij de presentatie van deze vier beleidslijnen, wordt ook geadviseerd om de beleidslijnen in samenhang verder uit te werken en te operationaliseren.⁵² Hierbij wordt ook aanbevolen om aansluiting te zoeken bij de ontwikkelingen vanuit de EU en de OESO, en bij het rapport van de Commissie Regulering van werk.

Samengevat, de stappen die nu vanuit het Ministerie van Financiën bedacht en gezet worden om in Nederland het fiscale stelsel toekomstbestendig te maken, laten de keuzes voor bepaalde richtingen over aan de politiek, maar geven daarbij helder aan dat het hoog tijd is voor een andere inrichting en koers. Platforminkomsten zijn daarbij niet langer een neveneffect van onze economie, maar verdienen een volwaardige plek in het stelsel. Dat voorkomt verdere uitholling van het bestaande stelsel van inkomensheffing

49 Ibid., p. 5 en 12.

50 Ibid., p. 5 en 12.

51 Ibid., p. 6 en 12.

52 Ibid., p. 6.

(inkomstenbelasting, premies volksverzekeringen en werknemersverzekeringen)⁵³, maar ook belastingontduiking, uitbuiting van werkenden, armoede onder werkenden en in vele gevallen het zich onttrekken aan de plichten van een goed werkgever of opdrachtgever. Bovendien wordt hierbij ook aangesloten bij ontwikkelingen in andere landen. Daar geldt soms al een automatische overdracht van de (werk)data van platforms naar de nationale instanties. Die kunnen dan aan de hand van de inkomensdata van elke platformwerker de contributies bepalen en verdelen over de verschillende takken van sociale zekerheid. Voor sommigen onder ons lijkt dit een heel futuristisch ideaalbeeld, maar sommige landen (Frankrijk, Estland) hebben al stappen in die richting genomen (zoals eerder aangegeven).

Los van dit initiatief vanuit het ministerie, is in Nederland al vaker geopperd om voor alle werkenden een fatsoenlijke socialezekerheidsbescherming te bieden, onafhankelijk van de arbeidsvorm.⁵⁴ In arbeidsvormneutralere omgevingen gedijen ook de zzp'ers en platformwerkers beter qua bescherming tegen de risico's van ziekte en arbeidsongeschiktheid, extra pensioen en eventueel scholing en werkloosheid. De ruimte ontbreekt om hier verder op in te gaan, maar we verwijzen daarvoor naar eerder onderzoek.⁵⁵

5.5 Uitdagingen en oplossingsrichtingen aan de uitkeringszijde van sociale zekerheid

5.5.1 Algemeen

Ook aan de uitkeringszijde doen zich een aantal problemen voor bij het organiseren van sociale zekerheid voor platformwerkers. In de eerste plaats kan een onvolmaakte verzekeringsloopbaan de nodige impact hebben op de toegang en/of de hoogte van de uitkering van de platformwerker. In zekere zin hebben we hier te maken met het spiegelbeeld van de problemen aan de financieringszijde. Door een onregelmatige opbouw van de verzekeringsloopbaan dreigt de platformwerker rechten te verliezen. In de tweede plaats vertalen onregelmatig opgebouwde of lage inkomsten zich ook in lage(re) uitkeringen aan het einde van de loopbaan of bij het intreden van het risico van arbeidsongeschiktheid en werkloosheid. Ten derde hebben de stelsels meer problemen bij het toekennen van prestaties bij een gedeeltelijk intreden van het risico. Zo komt men voor de nodige uitdagingen te staan indien de platformwerker slechts gedeeltelijk werkonbekwaam is. In welke mate kan men immers het verlies aan inkomen toeschrijven aan de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid? In welke mate is het in plaats daarvan veroorzaakt door een slecht(er) lopende economie? En is het überhaupt wel mogelijk om het risico van werkloosheid georganiseerd te krijgen voor de platformwerkers? Door hun (quasi)zelfstandig optreden, zijn een aantal risico's, zoals werkloosheid en arbeidsongevallen, die gegroeid zijn vanuit het werknemerschap, moeilijk te organiseren voor (zelfstandige) platformwerkers. En kan men platformarbeid ten slotte als passende arbeid beschouwen bij het zoeken naar of aanbieden van geschikt werk? Elk van deze aspecten wordt nu iets meer van nabij bekeken.

53 Zie ook Ministerie van Financiën, 2020a, p. 30.

54 Commissie Regulering van werk 2020, Ter Weel e.a. 2019, IBO 2015, Werkvereniging 2020, e.a.

55 Zoals het hierboven in voetnoot 54 aangehaalde onderzoek en verder Barrio, Montebovi & Schoukens 2018 en Montebovi, Barrio & Schoukens 2017.

Verzekeringsloopbaan

Platformwerk wordt vaak gekenmerkt door een onregelmatig verloop van loopbaan. Platformwerkers zijn niet op regelmatige basis werkzaam van negen tot vijf, gedurende vijf dagen in een week. Het verdiende loon is niet gekoppeld aan een standaardvolume van werkuren (tijdens de week of de maand). Socialezekerheidsregelingen die voor de opbouw van uitkeringen vertrekken van deze regelmatig opgebouwde werkschema's zijn dan ook problematisch voor deze groep werkenden.

Voor niet-standaard werk zoals platformwerk, waarbij arbeid op een onregelmatig tijdsverloop gebaseerd is, zal men de bestaande minimumloopbaanvereisten moeten vertalen naar de toestand van de atypische arbeidskracht. Dit betekent veelal dat men de arbeid zal moeten laten meetellen vanuit het kleinst mogelijk arbeidsvolume (arbeidsuren) dat vervolgens geaggregeerd wordt in een zo ruim mogelijk referentiekader van arbeidsduur (per week, per maand, of zelfs per jaar).⁵⁶ Maar sommige stelsels gaan zelfs verder en koppelen het gedeclareerde inkomen los van de parameter 'arbeidsduur'. De sociale zekerheid vertrekt in haar opbouw dan ook van het gedeclareerde volume inkomen, zoals aangegeven per kwartaal of op jaarbasis.

De moeilijkheden die platformwerkers ondervinden bij de opbouw van de verzekeringsloopbaan zijn niet enkel problematisch voor de toegang tot sociale zekerheid, maar kunnen eveneens een negatieve impact hebben voor de hoogte of duur van de uitkeringen. Zo kan het verloop van de verzekeringsloopbaan bepalend zijn voor de uitkeringshoogte. Hoe langer men verzekerd is geweest, hoe hoger de uitkering; of hoe langer de uitkeringsduur. Dit laatste is voornamelijk het geval bij de werkloosheidsuitkeringen. Personen met een onregelmatig opgebouwde loopbaan dreigen dan ook met lagere uitkeringen en/of kortere uitbetalingsperiodes geconfronteerd te worden. Aan tal van socialezekerheidsregelingen ligt immers een verzekeringslogica ten grondslag die een langere verzekeringstrouw vertaalt in betere dekking. Het komt dan ook vaak voor dat socialezekerheidsregelingen zoals pensioen- of werkloosheidsregelingen een verzekeringsloopbaan die in vergelijking met een voltijds equivalente loopbaan afwijkt, bestraft met een inperking op hoogte of duur van uitkering. Vanuit een principe van proportionaliteit (verhouding in loopbaanduur) of vanuit wederkerigheid (relatie gedeclareerde inkomen/uitkeringshoogte) valt hier niet veel op af te dingen. Wel dient men zich ervoor te hoeden dat men de deeltijds werkende of de persoon die op basis van overeenkomsten van beperkte duur werkt, niet buitenproportioneel straft: zowel op hoogte van de gedeclareerde inkomsten als op de verkorte loopbaan.⁵⁷

Wellicht nog een grotere uitdaging is het bepalen van een gegarandeerd minimum in de sociale verzekeringen voor personen die een onregelmatige loopbaan/inkomen hebben gehad. Vele stelsels in de EU zijn vanuit een sterk solidariteitsdenken overgegaan tot gewaarborgde uitkeringen binnen het stelsel van de sociale verzekeringen, zolang de verzekerde maar een bepaald volume van verzekeringsopbouw en/of inkomen kan voorleggen. Voor voltijds werkenden kan een dergelijke garantie op een basisuitkering nog

⁵⁶ Schoukens 2020b.

⁵⁷ Ibid. In het bijzonder de aldaar aangehaalde zaken in verband met gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen.

te begrijpen zijn. Deze garantie wordt echter wel moeilijker toe te passen op personen wiens loopbaan of inkomen beperkt is. De vraag die de beleidsmaker dan stelt, is vanaf welk minimuminkomensniveau (aan de bijdragezijde) men een gegarandeerde uitkering dient te waarborgen. En evenzo: vanaf welk volume van de verzekeringsloopbaan dient dit te gebeuren? En wat met personen die de minima (aan inkomens- of opbouwzijde) niet hebben gehaald? Vanuit principes die betrekking hebben op de proportionele opbouw van sociale verzekeringen, inkomensequivalentie en financiële draagkracht zal men niet anders kunnen dan een grens stellen aan de noodzaak om herverdelend te werken tussen beroepsactieve personen.⁵⁸ De logica van sociale verzekering kent de nodige grenzen; eens voorbij die grenzen zullen andere regelingen uit de sociale zekerheid moeten bijtreden om de nodige minimumuitkeringen te garanderen (waaronder bijvoorbeeld sociale bijstand of algemene sociale welvaartsregelingen).

Deeltijds inkomensverlies

Sommige socialezekerheidsregelingen werken met deeltijdse regelingen. De betrokkene wordt dan geacht slechts gedeeltelijk door het risico getroffen te zijn. Zo kan men in geval van pensioen deeltijds met pensioen gaan en gedeeltelijk blijven doorwerken. In het geval van arbeidsongeschiktheid kan de aandoening beperkt zijn en het verdienvermogen slechts gedeeltelijk aangetast. In het geval van werkloosheid heeft men bijvoorbeeld op deeltijdse basis de job kunnen aanhouden en strekt de werkloosheid zich maar gedeeltelijk uit.

Deeltijdse regelingen vergen een stabiel referentiekader van voltijds werk. Op basis van dit referentiekader moet immers nagegaan (gemeten) worden in welke mate het risico zich nu voltrekt. Dit bepaalt de mate van tegemoetkoming vanuit de sociale zekerheid. Indien de loopbaan echter een onregelmatig verloop heeft, soms met een onregelmatig inkomenspatroon tot gevolg, wordt het moeilijk om een vast referentiekader te hanteren. Zelfstandige (platform)arbeid valt dan ook moeilijk te rijmen met deeltijds toegekende uitkeringen (gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid, gedeeltelijke werkloosheidsuitkeringen of deeltijdse pensioenen). Maar ook als de platformarbeid in ondergeschikt verband uitgeoefend wordt, brengt ze de nodige uitdagingen met zich mee voor deeltijdsregelingen in de sociale zekerheid. Hoe gaat de omvang van de deeltijdse platformactiviteit concreet vastgelegd worden? Wellicht zal ook hier meer naar het gegenereerde inkomen moeten gekeken worden om de uiteindelijke omvang van de deeltijdse uitkering vast te kunnen leggen (inkomenstoets).

Risico eigen aan de zelfstandige platformwerker?

Een aantal sociale risico's zijn moeilijk te organiseren voor beroepsactieve personen die niet in een standaard arbeidsrelatie werken.⁵⁹ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer in de toekenningsvoorwaarden de relatie met de werkgever/opdrachtgever een belangrijke plaats inneemt. Naast de arbeidsongevallen- en beroepsziekteregeling⁶⁰ neemt deze relatie een eveneens een belangrijke plaats in bij de werkloosheidsregeling. Hoewel het mogelijk

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Met een standaard arbeidsrelatie bedoelen we voltijds werken in ondergeschikt verband op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

⁶⁰ Nederland maakt als een van de weinige landen deze differentiatie (voor werknemers) niet; in de WIA wordt geen onderscheid gemaakt naar *risque social* en *risque professionnel*.

is, zijn werkloosheidsregelingen voor zelfstandigen moeilijk te organiseren. Zelfstandige platformwerkers blijven er vaak van verstoken of kunnen hooguit vrijwillig toetreden tot de werknemersregelingen (wat ze doorgaans niet doen omwille van relatief te hoge premielast); maar ook in het geval ze als werknemer worden beschouwd, zal de toepassing van een werkloosheidsregeling op platformwerkers als uitdagend overkomen. Hoe moet bij toetsing van het onvrijwillige karakter van de werkloosheid het ontslag beoordeeld worden? Ten aanzien van welke werkgever moeten de toekenningsvoorwaarden beoordeeld worden? In welke mate kan de werkloze nog activiteiten en/of inkomsten genereren uit platformactiviteiten wanneer ze slechts van marginale aard zijn? Kan de bereidheid om als platformwerker aan de slag te gaan beschouwd worden als het aanvaarden van passende arbeid? Deze vragen zullen steeds meer prangend worden naarmate platformwerk alsnog meer in ondergeschikt verband zal uitgeoefend worden. Zoals bij zelfstandige arbeid zal men vanuit de werkomgeving van platformwerker moeten vertrekken om op effectieve wijze een werkloosheidsregeling voor deze groep uit te werken.

5.5.2 *Nederland*

In deze paragraaf gaan we kort in op de verzekeringsloopbaan en gedeeltelijk inkomensverlies, zoals in het algemene deel hierboven, maar nu voor de Nederlandse situatie. Daarna richten we ons uitgebreider op passende arbeid in het kader van platformwerk.

Verzekeringsloopbaan

Binnen Europa onderscheidt Nederland zich door het grote aantal flexwerkers. Tot de flexwerkers worden ook de zzp'ers gerekend.⁶¹ Het socialezekerheidsstelsel in Nederland kan afwijkende, atypische en flexibele arbeidsvormen (parttime, oproep, tijdelijk, maar ook zelfstandige arbeid) makkelijk absorberen. Het stelsel is er namelijk op voorzien om premies en uitkeringen pro rata af te stemmen op het gewerkte aantal uren en/of inkomen. Dat betekent dat de verzekeringsloopbaan van een atypische arbeidsrelatie, zoals ook bij platformarbeid, niet in de eerste plaats gehinderd wordt door het afwijkende karakter van de arbeidsrelatie, als wel door het aantal uren dat gewerkt wordt. Hoe minder men werkt, hoe lager de opgebouwde verzekeringsloopbaan zal zijn. Maar periodes van niet-werken kunnen wel leiden tot een te korte referteperiode voor de werkloosheid en dus ook tot geen recht op een ondersteuning vanuit de Werkloosheidswet (WW). De referteperiode vereist namelijk dat er in de afgelopen 36 weken minimaal 26 weken gewerkt moet zijn met minimaal één arbeidsuur per week.⁶² Een platformwerker (en iedere andere atypische arbeidsrelatie) met een werknemersstatus en met een grillig arbeidspatroon kan daarom, afhankelijk van zijn gewerkte uren in de laatste 36 weken, toch recht hebben op een werkloosheidsuitkering. De minimale duur daarvan is drie maanden en de maximale duur, afhankelijk van de extra jaren werk, is 24 maanden.⁶³ De hoogte van de uitkering is echter niet afhankelijk van zijn arbeidspatroon of verzekeringsloopbaan. Wie voldoet aan de toekenningsvoorwaarden voor de WW, ontvangt namelijk een WW-uitkering van 70% van het laatste inkomen. En ook een zieke werknemer met een onregelmatig patroon

61 [www.cbs.nl: flexwerk in Nederland en de EU](https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-flexwerk/hoofdcategorieen/flexwerk-in-nederland-en-de-eu); <<https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-flexwerk/hoofdcategorieen/flexwerk-in-nederland-en-de-eu>>, geraadpleegd op 7 mei 2021.

62 Art. 17 WW.

63 Art. 42 WW.

heeft recht op een ziekte-uitkering (ZW) of eventueel arbeidsongeschiktheidsuitkering (WIA, na 104 weken en bij minimaal 35% arbeidsongeschiktheid). De hoogte en duur van de ziektewetuitkering is 70% gedurende maximaal 104 weken.⁶⁴ Voor de langdurige arbeidsongeschiktheid gelden strenge toelatingsvoorwaarden en ook re-integratieplichten, die van invloed kunnen zijn op de duur en de hoogte van de WIA-uitkering.⁶⁵

Voor de volledigheid merken we hier op dat in Nederland de Toeslagenwet (TW) een belangrijke rol kan spelen voor de werkende wiens uitkering beneden het sociaal minimum uitkomt.⁶⁶ In dat geval vult de TW de uitkering aan tot aan het sociaal minimum, zodat de uitkeringsgerechtigde geen beroep hoeft te doen op een bijstandsuitkering via de Participatiewet.

Deeltijds inkomensverlies

In de Nederlandse werkloosheidsregeling kan deeltijds inkomensverlies opgevangen worden door een WW-uitkering. Die uitkering kan dus bestaan naast de gedeeltelijke voortzetting van de baan. Cruciaal is een arbeidsurenverlies van minimaal vijf uur per week of voor de kleine parttime banen een verlies van minimaal de helft van de uren.⁶⁷ Toegepast op platformwerk zou dat betekenen dat een platformwerker met een werknemersstatus en een zeker vast patroon van wekelijkse uren, een gedeeltelijke WW-uitkering kan ontvangen. Hier geldt dus, zoals ook beschreven bij het algemene deel (5.2), wel de nood aan een vast referentiekader in de vorm van een vast aantal uren/werkpatroon. Voor platformwerkers met een zelfstandigenstatuut is er in Nederland geen WW-ondersteuning mogelijk. Wel geldt ook voor de (platform)werknemers de mogelijkheid van een gedeeltelijke WIA-uitkering.⁶⁸ Eventuele inkomsten door arbeid worden verrekend met de WIA-uitkering, waarbij het motto 'werken loont' door de Nederlandse wetgever ook hier stevig geïncorporeerd is.

Passende arbeid

De sociale zekerheid kent naast de uitkeringsfunctie ook een preventieve en re-integratiefunctie.⁶⁹ In Nederland wordt die re-integratiefunctie vooral ingevuld aan de hand van het concept 'passende arbeid'. Langdurige uitkeringsafhankelijkheid moet namelijk zoveel mogelijk worden voorkomen en dus wordt van mensen in uitkeringssituaties verwacht dat zij zich zo snel mogelijk weer via eigen of passende arbeid losmaken van de uitkering. Deze re-integratie- of activeringspolitiek is verweven in de uitkeringsvoorwaarden bij ziekte, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid en bijstand.⁷⁰ Samen met een werkgever, uitkeringsinstantie, gemeente of re-integratiebedrijf wordt bepaald wat in een bepaalde situatie voor die bepaalde werknemer of uitkeringsgerechtigde passende arbeid kan zijn.⁷¹ Wie zich niet of niet voldoende inspant voor de passende arbeid, en daar onvoldoende

64 Art. 29 ZW i.c.m. art. 7:629 BW, waarbij dit laatste artikel geldt voor alle werknemers met een werkgever. De ZW geldt voor de werknemer die geen werkgever (meer) heeft.

65 De WIA kent verschillende uitkeringsregelingen met ieder hun eigen voorwaarden.

66 Dit kan gebeuren bij een uitkering van 70% van het laatste inkomen, als dat inkomen al tegen de minimumgrens aanzit.

67 Art. 16 WW.

68 Art. 61 WIA.

69 Klosse & Vonk 2020, p. 333-334.

70 Zie o.a. art. 658a en 660a BW, art. 29 en 30 WIA, art. 24 WW en art. 9 PW.

71 Zie ook Klosse & Vonk 2020, hoofdstuk 'Re-integratie'.

reden toe heeft, wordt gesanctioneerd door een gedeeltelijke of gehele weigering, tijdelijk of permanent.⁷² Voor platformwerkers echter is dit systeem van activering en passende arbeid nog niet vormgegeven, net zoals dat voor de meeste zzp'ers niet geldt.⁷³

Hoe verhouden platformwerk en passende arbeid zich dan tot elkaar? Concrete wetgeving omtrent passende arbeid ontbreekt dus nog voor de platformwerker en/of zzp'er. Wel zijn er voorstellen gedaan om re-integratie te integreren in Nederlandse wetgeving omtrent zzp'ers en werkenden (als verzamelterm voor alle personen die arbeiden, onafhankelijk van hun overeenkomst). Een eerste voorbeeld hiervan is in het Wetboek van Werk verwerkt. Daar wordt voorgesteld om zowel bij onvrijwillig werkverlies als arbeidsongeschiktheid voor alle werkenden in te zetten op een goed sociaal vangnet en ondersteuning bij nieuw en duurzaam werk, via re-integratie door de regionale Werkhub en private verzekeraars.⁷⁴ Een tweede voorbeeld van re-integratie voor de zzp'er is terug te vinden in het voorstel van de Stichting van de Arbeid (StvdA) waarbij gepleit wordt voor een verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering. De bijhorende re-integratie zou daarbij snel ingezet moeten worden door het UWV en een nieuw op te richten Arbocentrum voor zelfstandigen.⁷⁵ Een derde en vierde voorstel zijn zichtbaar in het rapport van de Commissie Regulering van werk en de WRR.⁷⁶

Deze voorbeelden geven aan dat meer publieke sociale zekerheid voor zzp'ers steeds meer ondersteund wordt. Dat kan op korte termijn door een verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering (specifiek nog voor de zzp'ers, zie het voorstel van de StvdA) en op lange termijn door een inclusief arbeidsvormneutraal stelsel dat geldt voor alle werkenden. Ook wij zijn voorstanders van meer arbeidsvormneutrale sociale zekerheid waarbij alle werkenden verzekerd zijn en waarbij ook nog varianten in de verzekeringsvoorwaarden ingebouwd kunnen worden. De hoogte of duur van een uitkering zouden bijvoorbeeld kunnen verschillen naar gelang de werknemer- of zelfstandigenstatus, en opting-in en opting-out zijn ook instrumenten die variatie in het socialeverzekeringsstelsel kunnen behouden.⁷⁷

Interessant is nu te kijken of en hoe passende arbeid en re-integratie niet enkel voor zzp'ers, maar juist ook voor platformwerkers zouden kunnen gelden. Is platformwerk, met andere woorden, als passende arbeid aan te merken in situaties van arbeidsongeschiktheid en werkloosheid? Kan een uitkeringsgerechtigde dus verplicht worden om ook werk te zoeken als platformwerker? Een pasklaar antwoord op deze vragen, is nog niet geformuleerd. Wij willen hier een richting aangeven aan de hand van onze zes gezichtspunten.

Ons eerste standpunt is dat platformwerk nog steeds geen groot aandeel op de arbeidsmarkt inneemt waardoor het belang ervan als 'passend werk voor iedereen' niet overschat moet

⁷² Zie o.a. art. 18 PW, art. 27 WW en art. 88 WIA.

⁷³ Indien een zzp'er vrijwillig een arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft afgesloten, geldt soms wel een re-integratieplicht als tegenprestatie bij de uitkering.

⁷⁴ Wetboek van werk 2019, p. 31 en p. 36.

⁷⁵ Stichting van de Arbeid 2020, p. 18.

⁷⁶ Commissie Regulering van werk 2020, p. 55 e.v. en p. 82 e.v.; WRR 2020, p. 173 e.v.

⁷⁷ zie o.a. Ter Weel e.a. 2019, p. 2 en p. 8-9; Schoukens 2000, p. 37-292.

worden. Ten tweede zou het UWV (of de toekomstige Regionale Werkhub) ook kunnen experimenteren met het aanbieden van platformwerk als passende arbeid voor (bepaalde groepen) uitkeringsgerechtigden. Die experimenteermogelijkheden zijn opgenomen in (sommige) wetten.⁷⁸ Bovendien is voor de bijstand door zes steden al gebruikgemaakt van deze experimenteerbevoegdheid en kunnen zowel de best practices als de minder geslaagde elementen daarvan meegenomen worden in het uitwerken en ontwerpen van eventuele experimentwetgeving voor platformwerk.⁷⁹ Ten derde kan platformwerk voor sommige uitkeringsgerechtigden juist als een vliegwiel naar meer en ander werk functioneren en zo de eerste stap zijn om via deze vorm van arbeid terug de arbeidsmarkt te betreden en minder afhankelijk te blijven van de uitkering.

Ten vierde, het UWV of re-integratiebedrijf houdt – ook in de huidige situatie – rekening met de capaciteiten van de uitkeringsgerechtigden en stemt daar de ondersteuning en arbeidsinschakeling op af. Waarom zou dat anders of onmogelijk zijn met platformwerk? Waarom zou het in de nabije toekomst niet kunnen voorkomen dat een uitkeringsgerechtigde via het UWV werk aangeboden krijgt dat passend is en toevallig ook nog in de vorm van platformwerk?⁸⁰ We realiseren ons dat hier – met de huidige stand van wetgeving en beleid – frictie zit tussen het meer vrijwillige karakter van platformwerk (ik werk wanneer ik wil en tijd heb) en het meer verplichte karakter van een ‘klassieke’ baan (ik werk op tijdstippen die de werkgever aangeeft). Als platformwerk ook als re-integratiemiddel ingezet wordt, is dit een heikel punt dat verdere aandacht behoeft. Zo zal verder uitgewerkt moeten worden hoe de relatie tussen platformwerk en verplichte re-integratie passend kan zijn en of en hoe dat voor meer socialezekerheidsbescherming zorgt (zie ook de volgende opmerkingen).

Ten vijfde, in sommige gevallen is de stap naar platformwerk wellicht helemaal niet zo groot als nu soms gedacht wordt. Ook nu kunnen werklozen bijvoorbeeld werk zien of aangeboden krijgen dat vanuit huis kan en een grote mate van zelfstandigheid kent (creatieve sector) of juist niet (callcenter, vertalingswerk). Wij stellen ons hierbij de vraag in hoeverre dat in feite nog verschilt van sommige vormen van platformwerk? Onder de paraplu ‘platformwerk’ kunnen namelijk zoveel soorten werk worden opgevangen dat sommige banen wel erg dicht bij een ‘klassieke’ baan liggen (zoals van een schoonmaker⁸¹). Dus misschien is de stap van passend werk op de klassieke arbeidsmarkt naar passend werk in een platformbaan niet zo groot als soms gedacht wordt. Wel merken we op dat het UWV zich op dit moment nog niet richt op dit soort vragen en ontwikkelingen in de arbeidsmarkt.⁸² En zolang platformwerk in die zin nog niet is geaccepteerd door het UWV en de overheid, blijven afwijkende vormen van arbeid, zoals oproeparbeid en platformwerk,

78 Art. 130 WW en art. 83 PW.

79 Zie voor de evaluatie van de experimenten Participatiewet: CPB 2020 of <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/05/28/evaluatie-experimenten-participatiewet>.

80 Hiervoor werd al eerder gelobbyd door platformondernemers. Zie Houwerzijl 2017a, p. 3.

81 Schoonmaakwerk is een klassieke baan die tegenwoordig ook als platformarbeid wordt aangeboden, via bijvoorbeeld Helpling.

82 Dit blijkt uit de Jaarplannen UWV 2020 en 2021 (zie www.uwv.nl), alsook uit de UWV-website en bij navraag.

moeilijk inpasbaar in de arbeidsbemiddelings- en uitkeringssystemen, en zal bijgevolg de stap naar passend werk in een platformbaan voorlopig dus nog te groot zijn.

Een delicaat punt bij het aanvaarden van platformwerk (en oproeparbeid) in ons arbeidsbemiddelingssysteem en uitkeringssysteem is de kwaliteit van het werk. Zoals bekend draagt platformwerk het gevaar in zich dat het vaak niet van dezelfde kwaliteit is als een 'klassieke' of 'gewone' baan. De inzet van platformbanen als passende arbeid bij werkloosheid of arbeidsongeschiktheid kan daarom wel een probleem zijn, zeker gezien de Europese Aanbeveling met betrekking tot de toegang tot sociale bescherming voor werknemers en zelfstandigen van november 2019.⁸³ Dit spanningsveld tussen platformarbeid en de Europese Aanbeveling kan echter opgelost worden door aangepaste wetgeving en beleid.⁸⁴ Daarbij zou platformarbeid als volwaardige arbeid moeten worden gekwalificeerd die leidt tot volwaardige socialezekerheidsbescherming. Met volwaardige socialezekerheidsbescherming bedoelen we hier een bescherming die geldt vanaf de eerste euro die wordt verdiend en die geldt, omdat ook platformbanen als volwaardige banen gelden. Dat veronderstelt van overheidswege het erkennen van 'stapelbanen' alsook het accepteren dat (steeds meer) werkenden ook uitkeringen nodig hebben in combinatie met hun werk dat onvoldoende kan voorzien in inkomen en zekerheid.⁸⁵

Ten zesde, stel dat platformwerk als passende arbeid aanvaard wordt, hoever reikt die verplichting tot acceptatie van platformwerk? Kan met andere woorden de uitkeringsgerechtigde die weigert te gaan rijden voor bijvoorbeeld een platform gesanctioneerd worden en met welke sanctie? Het antwoord hierop zouden wij nog niet meteen in steen willen beitelen, maar laten afhangen van wat de experimenten (zie tweede punt in deze alinea) uitwijzen.

Kort samengevat, passende arbeid en platformwerk zijn nog niet in wet- of regelgeving aan elkaar verbonden, maar via experimenten zou kunnen onderzocht worden in hoeverre platformwerk als passende arbeid voor welke uitkeringsgerechtigden vorm kan krijgen.

5.6 Conclusie

Hoe krijgen we platformarbeid op de best mogelijke wijze geïntegreerd in onze bestaande sociale zekerheid? De vraag overstijgt het kwalificatievraagstuk (of de platformwerker nu werknemer is dan wel zelfstandige). Arbeidsgerelateerde sociale zekerheid vertrekt nog te vaak van de standaard arbeidsrelatie. Flexibele werkvormen zoals platformarbeid vragen aangepaste oplossingen, zowel aan de financieringszijde als aan de uitkeringszijde. Wellicht is de recent uitgevaardigde *EU Aanbeveling inzake toegang tot sociale bescherming voor werknemers en zelfstandigen* in deze nog het allerduidelijkst: gestreefd moet worden naar een gelijkwaardige bescherming voor alle beroepsactieve personen, ongeacht het

83 Europese Aanbeveling, 2019/C-387/01, bijvoorbeeld overweging 10 en 11.

84 Houwerzijl gaf ook al in 2017 aan dat in Nederland de definitie van passende arbeid in de socialezekerheidswetgeving aangepast zou moeten worden als de gig-economie als alternatief voor de 'traditionele werkgelegenheid' gaat gelden; zie Houwerzijl 2017a, p. 3.

85 Houwerzijl 2017a, p. 3.

achterliggende statuut of de concrete werkvorm waarin men zijn arbeid organiseert.⁸⁶ Tegelijkertijd moet echter rekening gehouden worden met de eigenheid van de verschillende beroepsgroepen, zodat de regelgeving voldoende kan aansluiten bij de eigen manier van werken van de verschillende groepen (zelfstandigen, platformarbeid). Het is dus zoeken naar een evenwicht tussen gelijkwaardige bescherming voor alle werkenden en het garanderen van een aangepaste bescherming in lijn met de eigenheid van elke beroepsgroep waar dit nodig is. Het zoeken naar dit evenwicht tussen gelijkwaardigheid en eigenheid staat centraal in die EU-aanbeveling inzake toegang tot sociale bescherming.⁸⁷ Het vraagt in de eerste plaats om arbeidsvormneutrale basisregelingen, maar zal in een aantal gevallen ook moeten voorzien in toepassingsregels of uitvoeringsregelingen die voldoende arbeidsspecifiek zijn. Bij dit laatste zullen beleidsmakers en regelgevers de nodige creativiteit aan de dag moeten leggen. Dat het mogelijk is platformwerkers te integreren, daarvan getuigen alvast enkele nationale regelingen die op het vlak van financiering en uitkeringen aangepaste regelingen hebben uitgevaardigd.

Bij de financieringsparagraaf bleek de grote nood aan een passend fiscaal stelsel dat de inkomsten uit digitale platforms kan belasten op een correcte manier. Vele belastingstelsels zijn nog niet toegerust op de inkomsten uit de platformeconomie. Maar de opkomst van digitale platforms en bijgevolg de toename van niet-standaard arbeid zorgen ervoor dat steeds meer burgers te maken hebben met de complexe vraag hoe hun inkomsten moeten worden gekwalificeerd.⁸⁸ Ook in Nederland bestaat het risico dat steeds meer belastingplichtigen hun inkomsten niet goed, niet volledig of helemaal niet aangeven. Voor Nederland betekent dit een vergroot risico op uitholling van de ontvangsten uit de inkomstenbelasting, de premies werknemersverzekeringen en volksverzekeringen.⁸⁹ Onder meer om die reden is het Ministerie van Financiën in Nederland in 2019 met een grootschalig traject gestart waarbij gezocht wordt naar bouwstenen en beleidslijnen voor een toekomstig fiscaal stelsel. Het ministerie heeft zich hierbij met open vizier gericht op de platformeconomie in zijn vele facetten en zich ook laten inspireren door buitenlandse voorbeelden. Bovendien benadrukken de rapporten dat administratieve en fiscale samenwerking van overheden binnen en buiten Europa niet meer weg te denken is. De platforms en de platformwerkenden hebben vaak geen fysieke binding met één nationale entiteit, en dus moet ook de wetgeving grensoverschrijdend zijn. Dat houdt in dat landen hun nationale fiscale wetgeving moeten kunnen laten opereren in een nationale én internationale context. Een bepaalde vorm van harmonisering van regels (EU, OESO) moet deze werkwijze ondersteunen.

Aan de uitkeringskant zagen we dat het onregelmatige karakter van platformwerk soms leidt tot de niet-beschikbaarheid van een uitkering. In Nederland echter is het sociale stelsel wel in staat om niet-standaard werk te integreren en een pro-rata-uitkering blijkt vaak wel mogelijk, tenminste voor de platformwerker met een werknemersstatuut. Voor de zelfstandige (platform)werker blijft de sociale bescherming voorlopig nog beperkt tot de volksverzekeringen, maar uitbreidingen van dat pakket liggen in het verschiet (verplichte

86 Raad EU, Aanbeveling 12753/19, november 2019.

87 Raad EU, Aanbeveling 12753/19, november 2019 (overweging 19).

88 Ministerie van Financiën, 2020a, p. 30.

89 Ministerie van Financiën, 2020a, p. 32.

arbeidsongeschiktheidsverzekering en extra pensioen). Als bovendien het belastingstelsel wordt hervormd, kunnen zowel werknemers als zelfstandigen, platformwerker of niet, zich correct conformeren aan de regels en zo zorgen voor een duurzaam sociaal stelsel dat voldoende gevoed wordt door sociale bijdragen.

Platformarbeid en privaatrecht

*Eric Tjong Tjin Tai & Jaap van Slooten*¹

6.1 Inleiding

De positie van werkenden en afnemers bij een platform wordt meestal benaderd vanuit het arbeidsrecht.² In deze bijdrage kiezen wij een andere invalshoek, teneinde te analyseren in hoeverre de gewone privaatrechtelijke regelingen een vorm van sociale bescherming bieden.

Vooraf introduceren we enkele termen. Met ‘*platform*’ bedoelen we hier een onderneming die functioneert als tussenpersoon om aanbieders in contact te brengen met *afnemers* (meestal consumenten, maar dat is niet per se nodig), met behulp van een app en/of een website.³ De bedoeling is dat er een overeenkomst tot stand komt met de afnemer: deze kan strekken tot dienstverlening, huur, aflevering van producten, bruikleen en dergelijke. De totstandkoming kan op verschillende manieren plaatsvinden: vaak kan de overeenkomst alleen met tussenkomst van het platform worden gesloten,⁴ maar soms is het platform louter faciliterend en kunnen partijen vervolgens zelfstandig de overeenkomst sluiten (zoals bij Werkspot of Marktplaats).

Wij beperken ons in deze bijdrage tot gevallen waar een afnemer vraagt om het verrichten van een *dienst*, en via een platform in contact komt met een natuurlijk persoon die deze dienst verricht (wij noemen deze ‘platformwerker’), terwijl deze persoon geen arbeids-overeenkomst⁵ met het platform heeft. Het gaat dus niet om gevallen als verkoop van zaken (zoals op Marktplaats of eBay) of verhuur (zoals bij Airbnb). Wel kan de analyse die hierna volgt ook voor dergelijke verhoudingen relevant zijn.⁶

1 Jaap van Slooten is als advocaat betrokken bij sommige in dit artikel genoemde platforms en heeft zich om die reden afzijdig gehouden van de passages die op die platforms betrekking hebben.

2 Zie hierover bijvoorbeeld ook Devolder 2019, part III.

3 Soms lijkt men de opvatting tegen te komen dat een platform om deze reden dezelfde positie zou innemen als een zogenoemde Internet Service Provider, die ingevolge art. 6:196c BW niet snel aansprakelijk is voor informatie op zijn website. Hierover ook kritisch Schaub 2020/13.

4 Zoals in het geval van Uber, vgl. HvJ 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Uber Spain*), r.o. 39.

5 Althans, partijen hebben niet expliciet een arbeidsovereenkomst beoogd; het is mogelijk dat de rechter de rechtsverhouding toch als arbeidsovereenkomst kwalificeert.

6 Schaub 2020 behandelt alle soorten platforms en besteedt vooral veel aandacht aan platforms waar zaken worden verkocht.

Het is zinvol te onderscheiden tussen drie typen platforms die in de praktijk veel voorkomen.

- a) Het platform als *facilitator*. Het platform is tamelijk passief en faciliteert slechts dat de platformwerker met de afnemer in contact komt. Een mogelijk voorbeeld is Werkspot, waar particulieren klussen kunnen uitzetten en waar vaklieden op eigen initiatief kunnen offereën.
- b) Het platform als *bemiddelaar*. Afnemers benaderen het platform, dat uit een bestaand bestand van dienstverleners mogelijke kandidaten selecteert. Deze vorm kan worden gezien als bemiddeling⁷ en houdt het midden tussen variant a) en c). Een mogelijk voorbeeld⁸ is Helpling, waar particulieren kunnen vragen om schoonmaakhulp, waarna Helpling het mogelijk maakt om in aanmerking komende kandidaten te selecteren, en een geselecteerde kandidaat vervolgens kan accepteren.
- c) Het platform als *dienstenaanbieder*. Het platform bepaalt grotendeels de vorm en inhoud van de dienst. Als voorbeeld kan dienen Uber.

Zulke platforms zijn moeilijk te passen in de bestaande regels. Toch zullen wij hiertoe een poging ondernemen. In paragraaf 6.2 behandelen wij allereerst de positie van het platform volgens de regels van het verbintenissenrecht. In paragraaf 6.3 onderzoeken we de positie van de platformwerker voor zover hij aanspraak kan maken op regels ter bescherming van quasiwerknemers. Wij sluiten in paragraaf 6.4 af met een korte conclusie.

6.2 De positie van het platform

Om de verbintenisrechtelijke positie van een platform te bepalen moeten we dit kwalificeren,⁹ wat niet eenvoudig is. Dit komt doordat het platform deels tussen de afnemer en de platformwerker in staat, en voor beiden diensten verricht, terwijl ook de platformwerker weer diensten voor de afnemer verricht. Diensten vallen normaal gesproken onder de overeenkomst van opdracht (par. 6.2.1). Maar wie is nu opdrachtgever van wie? Geeft de afnemer een opdracht aan het platform, die dan feitelijk door de platformwerker wordt uitgevoerd (als onderaannemer), zoals in type c? Of geven afnemer en platformwerker een opdracht tot bemiddeling aan het platform die leidt tot een overeenkomst tussen afnemer en de platformwerker (bij welke laatste overeenkomst de afnemer opdrachtgever is), zoals bij type b? Deze kwalificatievraag is lastig te beantwoorden, mede door enkele bijzonderheden van platforms.

- Platforms sluiten meestal een *duurovereenkomst* met de werkenden waarbij het platform de voorwaarden bepaalt.¹⁰
- Een bijzonderheid is dat een platform vaak *uniformiteit* afdwingt ten aanzien van het productaanbod van de werkenden:¹¹ dit kan beperkt blijven tot alleen de presentatie via app of website, maar kan zich ook uitstrekken tot de voorwaarden waaronder

⁷ ECLI:NL:RBAMS:2019:4546 (*Helpling*).

⁸ Wij willen ons hier niet erover uitlaten of zo'n voorbeeld exact voldoet aan de omschrijving, mede nu platforms regelmatig hun werkwijze aanpassen.

⁹ Schaub 2020, Tjong Tjin Tai 2018; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/70c; Koolhoven 2015.

¹⁰ Binnen die duurovereenkomst kunnen dan steeds afspraken over kortdurende klussen worden gemaakt die als afzonderlijke overeenkomsten binnen een raamovereenkomst kunnen worden aangemerkt, of gewoon als nadere afspraken binnen een enkele overeenkomst.

¹¹ Vgl. HvJ 20 december 2017, C-434/15 (*Uber Spain*), ECLI:EU:C:2017:981, r.o. 39.

gecontracteerd wordt, de wijze waarop de dienst wordt uitgevoerd, of zelfs de te rekenen tarieven.

- Platforms werken meestal op basis van *provisie*, een percentage of vast bedrag per afgesloten overeenkomst.
- Daarbij regelt een platform ook vaak het *betalingsverkeer*: het int de vergoeding van de afnemer en betaalt dit uit aan de platformwerker (na aftrek van courtage/provisie).
- Om deze werkzaamheden te verrichten kan het platform ook een *volmacht* hebben ontvangen (krachtens de algemene voorwaarden van het platform) van de platformwerker en/of de afnemer.

Voor de kwalificatie zijn deze kenmerken van belang. Wij zullen de verschillende mogelijk toepasselijke overeenkomsten nalopen. Eerst gaan we in op de opdracht (par. 6.2.1), daarna op bemiddeling en agentuur (par. 6.2.2) en franchise (par. 6.2.3). Tot slot lopen we ook de algemene regels van het verbintenissenrecht na (par. 6.2.4).

6.2.1 De overeenkomst van opdracht (en lastgeving)

Eerst gaan wij in op de overeenkomst van opdracht: deze strekt uit tot het verrichten van werkzaamheden (art. 7:400 BW). Het platform zal meestal verplicht zijn tot het verrichten van werkzaamheden, zodat het zal gaan om een opdracht (of een bijzondere soort opdracht, zoals bemiddeling). Daarnaast is bij platforms vaak onderdeel van de overeenkomst dat het platform voor bepaalde rechtshandelingen gevolmachtigd is om in naam van de platformwerker te handelen. Zo'n volmacht schept een relatie van lastgeving (art. 7:414 BW), dat wil zeggen de bevoegdheid en verplichting om voor rekening van de lastgever/opdrachtgever bepaalde rechtshandelingen te verrichten, als onderdeel van de overeenkomst, en op dat deel van de relatie zijn dan in beginsel de regels van lastgeving (een species van de opdracht) van toepassing.¹²

Het is niet duidelijk wie bij platforms als opdrachtgever of opdrachtnemer moet worden aangemerkt. Enerzijds kan de relatie worden beschouwd als een vorm van bemiddeling waarbij de platformwerker het platform vraagt om te bemiddelen en bijkomende diensten te verlenen voor de uitvoering van de overeenkomst:¹³ dit past bij type b. Anderzijds kan de relatie worden opgevat als een relatie waarbij de afnemer het platform vraagt om diensten te verlenen, welk verzoek wordt doorgespeeld aan een platformwerker die de dienst uitvoert. Heeft het platform dan bemiddeld voor de afnemer (type b), of levert het platform zelf de dienst door een platformwerker in te schakelen (type c)? Doordat de voorwaarden veelal spreken over courtage die het platform inhoudt, lijkt het te gaan om type b, maar als de materiële verhouding neerkomt op type c zal de rechter zo nodig moeten beslissen dat het gaat om type c, waarbij het platform het gehele loon van de afnemer int, en de platformwerker een deel daarvan betaalt als loon, en het surplus zelf behoudt (onder het mom van courtage). In een dergelijk geval kan de platformwerker mogelijk als opdrachtnemer van het platform worden gekwalificeerd.

¹² Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/226.

¹³ Zoals afwikkeling van de betaling en het verlenen van ICT-diensten.

De overeenkomst van opdracht vereist niet de aanwezigheid van machtsongelijkheid: veel regels lijken gericht op een particuliere opdrachtgever tegenover een professioneel opdrachtnemer, maar het kan ook gaan om twee bedrijven, waarbij bovendien over en weer prestaties worden verlangd.¹⁴ Het aardige van de regeling van opdracht is dat zowel opdrachtgever als opdrachtnemer recht op bescherming hebben. De regeling heeft ook betrekking op gevallen waar de opdrachtnemer meer kennis en macht heeft.

De overeenkomst van opdracht kent specifieke regels, echter deze zijn ten aanzien van bedrijfsmatig handelende wederpartijen voornamelijk van aanvullend recht.¹⁵ Een platformwerker is niet als consument te beschouwen (de particuliere afnemer daarentegen wel). Ter vergelijking is het niettemin zinvol deze specifieke regels te behandelen, omdat zij ten dele regels betreffen die voor consumenten dwingendrechtelijk bescherming verlenen, gelet op de machtsverhouding tot commerciële wederpartijen. De volgende regels uit de opdracht zijn mogelijk relevant.¹⁶

a. De opdrachtnemer heeft een zorgplicht (art. 7:401 BW) voor de belangen van de opdrachtgever, maar deze moet worden uitgewerkt voor specifieke vormen van opdracht.¹⁷ Dit doet denken aan de zorgplicht van de werkgever (art. 7:611 BW), die overigens verder strekt dan bij de opdracht. Wat dit voor platforms betekent, is onbekend (zie ook par. 6.2.4).

b. Het recht op loon/courtage. Dit is van toepassing jegens de platformwerker als het platform als opdrachtnemer van de platformwerker moet worden beschouwd. Art. 7:405 lid 1 BW geeft aan dat de contractuele regeling geldt, of (als er geen regeling is) het gebruikelijke loon, of anders het (door de rechter te bepalen) redelijk loon.¹⁸ In het verleden bestond er een regel dat de opdrachtnemer (dat lijkt hier het platform te zijn) zelf (eenzijdig) het loon kon bepalen als zo'n bevoegdheid in de overeenkomst was opgenomen, maar zo'n regel lijkt niet langer geldig te zijn.¹⁹ De praktijk bij platforms is echter dat het platform ononderhandelbaar vaststelt welke provisie of courtage het wenst. Dit is niet letterlijk in strijd met de wet; immers dit wordt duidelijk medegedeeld voor het aangaan van de overeenkomst. Ook het gegeven dat platforms het percentage later aanpassen is hier niet zonder meer mee in strijd, aangezien het de platformwerker vrijstaat ieder moment op te zeggen en de nieuwe courtageregeling alleen voor de toekomst zal gelden. Alleen bij machtsmisbruik kan op grond van mededingingsrecht aanpassing volgen. In de media zijn

14 In zo'n geval kan het zijn dat niet duidelijk is aan te geven wie opdrachtgever is.

15 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/46 en 48. Ingevolge art. 7:413 BW zijn de daar genoemde regels ten aanzien van consumenten van dwingend recht, waaruit a contrario volgt dat de regeling voor niet-consumenten van regelend recht is. Zie ook art. 7:400 lid 2 BW.

16 Zie ook Schaub 2020/53.

17 Zie uitvoerig Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/93-101.

18 Art. 7:405 lid 2 BW, waarover Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/132-136; HR 19 december 2008, ECLI:NL:2008:BG1680, NJ 2011/4.

19 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/136. Een dergelijke regeling is in Duitsland verboden. Ten aanzien van consumenten gelden art. 6:236 sub i BW, dat een beding tot eenzijdige prijsverhoging binnen drie maanden na contractsluiting (zonder mogelijkheid tot opzegging) onredelijk bezwarend verklaart, en art. 6:193e sub c BW dat de prijs als essentiële informatie beschouwt (waarbij ten minste moet worden aangegeven hoe de prijs zal worden berekend): als de prijs ontbreekt, kan dat een misleidende handelspraktijk opleveren.

er regelmatig klachten van werkenden of andere partijen die na verloop van tijd bezwaren hebben over de hoogte van de courtage.²⁰

Overigens is het bij platforms niet altijd duidelijk wie de courtage betaalt. Het betalingsverkeer loopt via het platform, dat een percentage van de door de afnemer betaalde som inhoudt en het restant uitkeert aan de werkende. Uit die feitelijke gang van zaken kan niet worden afgeleid wie courtage is verschuldigd, en of het wel gaat om courtage. Wel kan dit uit interpretatie van de voorwaarden volgen. In de praktijk werken platforms ook met een factoringmaatschappij die de betalingen regelt in lijn met de diverse contractuele relaties. Dit kan binnen het concern plaatsvinden (zoals bij Uber Payments BV)²¹ of extern, via een bedrijf als Adyen.

c. Regels voor onkosten (die ex art. 7:406 lid 1 BW geacht worden in het loon te zijn inbegrepen), en een regeling in art. 7:411 BW voor loon na opzegging. Deze regels leveren meestal geen problemen op bij platforms.

d. Aansprakelijkheid jegens de platformwerker.²² Art. 7:406 lid 2 BW bepaalt:

“De opdrachtgever moet de opdrachtnemer de schade vergoeden die deze lijdt ten gevolge van de hem niet toe te rekenen verwezenlijking van een aan de opdracht verbonden bijzonder gevaar. Heeft de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf gehandeld, dan geldt de vorige zin slechts, indien dat gevaar de risico's welke de uitoefening van dat beroep of bedrijf naar zijn aard meebrengt, te buiten gaat. Geschiedt de uitvoering van de opdracht anderszins tegen loon, dan is de eerste zin slechts van toepassing, indien bij de vaststelling van het loon met het gevaar geen rekening is gehouden.”

Achtergrond van deze bepaling is dat degene die verantwoordelijk is voor veiligheidsmaatregelen ook het risico moet dragen.²³ Het is onduidelijk of voor de toepassing van deze bepaling het platform als opdrachtgever zou kunnen worden aangemerkt. Het valt te verdedigen dat beide partijen (platform en werkende) voor hun respectieve verplichtingen als opdrachtnemer moeten worden aangemerkt. Voor de dienst die de platformwerker uiteindelijk verleent jegens de afnemer ligt het eerder voor de hand om de afnemer als opdrachtgever aan te merken; de platformwerker is dan juist degene die in beroep of bedrijf handelt en dan dus de eigen schade zou moeten dragen.

e. Verder kent de opdracht een instructiebevoegdheid van de opdrachtgever (art. 7:402 lid 1 BW), waartegenover de opdrachtnemer (afhankelijk van de overeenkomst) sommige instructies kan weigeren als die het bestek van de opdracht te buiten gaan, of als bijvoorbeeld het algemeen belang of de gedragsregels van het beroep zich hiertegen verzetten.²⁴ Hiervoor is opnieuw van belang hoe de verhoudingen liggen. Bij een dienst die eenvormig,

20 Voorbeelden zijn Uber, Booking.com. Volgens normale economische wetmatigheden zou een hoger volume aan transacties en groter aantal werkenden juist tot een lagere courtage moeten leiden.

21 Die staat onder toezicht van De Nederlandse Bank (<https://www.dnb.nl/toezichtprofessioneel/openbaar-register/WFTeg/detail.jsp?id=17b30083b059e811811005056b66a9b>).

22 Buiten beschouwing blijft hier de relatie tot de afnemer.

23 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/141.

24 Er is dan wel een bevoegdheid tot opzegging, art. 7:402 lid 2 BW.

collectief aan een grote groep personen wordt geleverd ligt het niet voor de hand dat individuele opdrachtgevers veel instructies kunnen geven.²⁵ Ook als de platformwerker als opdrachtgever moet worden aangemerkt heeft deze in feite nauwelijks een instructierecht: omdat de opdrachtnemer/het platform alleen op de eigen voorwaarden wil contracteren, is de facto de instructiebevoegdheid omgekeerd. Slotsom is dat platformwerkers in feite geen instructiebevoegdheid hebben.

f. De regel inzake rekening en verantwoording (art. 7:403 lid 2 BW) is theoretisch van belang. De rekenplicht houdt in dat een opdrachtnemer die gelden voor de opdrachtnemer ontvangt of bewaart, gehouden is om hier rekening en verantwoording over af te leggen.²⁶ De bedoeling is dat de opdrachtgever kan controleren of de opdrachtnemer geen gelden heeft achtergehouden of onjuist heeft besteed. Het platform int de betaling van de afnemer en heeft dus gelden van de platformwerker onder zich. Echter omdat platforms normaal gesproken de vergoeding van de platformwerker direct doorbetalen is duidelijk dat het platform hier niet onjuist mee omgaat, waardoor er praktisch gezien geen noodzaak is voor afleggen van rekening en verantwoording.

g. De specifieke opzeggingsregels (art. 7:408-410 BW) lijken niet relevant. In de praktijk kunnen werkenden opzeggen wanneer zij willen, en kent het platform zichzelf een ruime discretionaire opzeggingsbevoegdheid toe. Dit strookt met art. 7:408 BW.

Van de regels inzake lastgeving zouden twee groepen regels van belang kunnen zijn.

h. Het verbod op belangentegenstellingen (art. 7:416-418 BW), in het bijzonder op het dienen van twee heren (art. 7:417 BW). Op zichzelf lijkt een platform, dat afnemers en werkenden bij elkaar brengt, in het belang van beiden te willen handelen en in zoverre in strijd te komen met het verbod op het dienen van twee heren. Dit zou onder meer kunnen leiden tot een verlies van recht op courtage (art. 7:417 lid 3 BW). Echter in het geval van platforms lijkt dit niet op zijn plaats. Het bij elkaar brengen van afnemer en platformwerker geschiedt immers automatisch, zonder concrete invloed van afnemer of platformwerker op de rechtshandeling en de voorwaarden daarvan. Dit lijkt te vallen onder de uitzondering van art. 7:417 lid 1 BW dat twee heren dienen is toegestaan, als de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen de belangen van beide lastgevers is uitgesloten.

i. Regels inzake opzegging (art. 7:422-423 BW). Hiervoor geldt wat hierboven is opgemerkt: voor platforms leiden deze specifieke opzeggingsgronden kennelijk niet tot problemen.

De typische beschermingsregels van de opdracht en lastgeving lijken weinig betekenis te hebben bij platforms: de problemen waar die regels voor bedoeld zijn, doen zich in feite nauwelijks voor (zoals nalatigheid loon te betalen).

²⁵ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/25-26.

²⁶ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/112.

6.2.2 Bemiddeling en agentuur

Bij de bemiddelingsovereenkomst (art. 7:425 BW) is uitgangspunt dat de principaal²⁷ de bemiddelaar inschakelt om overeenkomsten tot stand te brengen. Dit lijkt toepasselijk op althans platforms van type b. Of sprake is van bemiddeling, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij veel betekenis toekomt aan de verschuldigdheid van een vergoeding indien een overeenkomst tot stand is gekomen.²⁸ Een partij die de totstandkoming alleen faciliteert en toelaat dat de partijen zelf met elkaar in contact treden en onderhandelen, en geen vergoeding bedingt voor de totstandkoming van een overeenkomst, zoals bij een 'prikbord', is geen bemiddelaar.²⁹ Als partijen wel de mogelijkheid hadden buiten het platform te contracteren, maar die mogelijkheid in feite niet hebben benut en zodoende een vergoeding verschuldigd zijn, kan er wel sprake zijn van bemiddeling.³⁰ Verder is het geen beletsel als de bemiddeling automatisch plaatsvindt, door een algoritme.³¹ De activiteiten van een algoritmische bemiddeling zullen worden toegerekend aan de organisatie die het algoritme inzet (het platform).

De in dit verband belangrijkste regels van de bemiddelingsovereenkomst zijn:

- a) verbod van belangen tegenstelling (art. 7:427 jo. 417-418 BW). Zie hierover paragraaf 6.2.1.
- b) de precieze voorwaarden waaronder het recht op loon voor de bemiddelaar ontstaat (in het bijzonder of dit afhankelijk is van de uitvoering van de bemiddelde overeenkomst of niet (art. 7:426 lid 2 BW). Dit lijkt geen bijzondere problemen op te leveren bij platforms.

De bemiddeling kan eenmalig zijn (zoals bij de verkoop van een woonhuis door een particulier), maar ook structureel, om een reeks overeenkomsten tot stand te brengen. In dat laatste geval kan de overeenkomst neerkomen op *agentuur* (art. 7:428 BW): dat is een overeenkomst waarbij de handelsagent zich jegens de principaal verbindt gedurende bepaalde of onbepaalde tijd tegen beloning te bemiddelen bij de totstandkoming van overeenkomsten tussen derden en de principaal.

Als sprake is van agentuur, zijn additionele regels van toepassing.³² Deze strekken vooral tot bescherming van de handelsagent: de regeling ging daarbij uit van een machtige principaal (zoals een grote producent van consumentengoederen) waar de handelsagent van afhankelijk was. Dit beeld is inmiddels achterhaald. Producenten kunnen zwakker staan ten opzichte van tussenpersonen die de toegang tot consumenten controleren, zoals

27 Dit is de partij die de 'opdrachtgever' is van de bemiddelaar. We vermijden de term 'opdrachtgever', omdat dit verwarring oproept, nu die partij ook opdrachtgever kan zijn van de platformwerker met wie uiteindelijk een overeenkomst tot stand komt.

28 HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, NJ 2021/206 (*Booking.com*), r.o. 4.1.6, waar wordt toegevoegd: "De aard, omvang en intensiteit van de door een tussenpersoon te verrichten werkzaamheden kunnen variëren; om van bemiddeling te kunnen spreken, behoeven die werkzaamheden niet veelomvattend te zijn."

29 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, NJ 2016/108.

30 HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, NJ 2021/206 (*Booking.com*), r.o. 4.1.7.

31 Aldus terecht Huppés & Wildenbeest 2019. Zij bekritiseren daar een uitspraak over *Booking.com* (Hof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849); daar draait het echter niet alleen om de automatische werkwijze van *Booking.com*, maar ook om de mogelijkheid om buiten *Booking.com* een overeenkomst te sluiten.

32 Zie ook Huppés & Wildenbeest 2019.

is gebeurd in de supermarktbranche, waar supermarkten tegenwoordig de voorwaarden dicteren tegenover producenten als Unilever. Ditzelfde heeft inmiddels plaatsgevonden bij platforms: een platform als Booking.com heeft vermoedelijk meer marktmacht dan willekeurig welke aanbieder van vakantieverblijven of hotels. Bovendien zijn platforms, anders dan klassieke handelsagenten, niet slechts voor één of enkele principalen werkzaam. Toch is de regeling van de agentuurovereenkomst relevant. Hoewel platforms qua strekking niet de bescherming verdienen van een handelsagent, is de regeling naar de letter wel van toepassing.³³ Zij bevat in hoofdzaak de volgende regels:

- a) Zorgplichten van de handelsagent (art. 7:445 lid 1 BW jo. art. 7:401-403 BW).
- b) Aansprakelijkheid van de handelsagent voor nakoming door de afnemer (van zijn verplichtingen) kan alleen schriftelijk worden overeengekomen (art. 7:429 lid 1 BW), en deze aansprakelijkheid geldt alleen voor de betalingsverplichtingen van de afnemer (art. 7:429 lid 2 BW). Bovendien kan dit worden gematigd (art. 7:429 lid 4 BW). Bij platforms is dit niet relevant, doordat het platform de afnemer direct laat betalen c.q. het betalingsverkeer regelt.
- c) De principaal heeft een zorgplicht, en moet de handelsagent zoveel mogelijk in staat stellen zijn werk te verrichten (art. 7:430 BW).
- d) Het loon (de provisie) (art. 7:426 en 431 BW). Het recht op provisie ontstaat zodra de overeenkomst tot stand is gekomen, maar kan afhankelijk worden gemaakt van de uitvoering van de overeenkomst (art. 7:432 lid 2 BW).
- e) De principaal moet in bepaalde gevallen de handelsagent schadeloos stellen als hij minder gebruikmaakt van diens diensten (art. 7:435 BW). Deze regel zou passend kunnen zijn als de platformwerker in dit opzicht zou worden beschouwd als vergelijkbaar met de handelsagent, ook al is het platform de partij die als agent/bemiddelaar optreedt.³⁴
- f) Er gelden specifieke regels voor de opzegging en ontbinding (art. 7:437-440 BW).
- g) De handelsagent kan recht hebben op een klantenvergoeding na afloop van de overeenkomst (art. 7:442 BW). Deze regeling lijkt in het algemeen niet van toepassing op platforms: daarbij ontstaat meestal immers geen klantenkring die losstaat van het platform.³⁵

Overigens neemt de controle die het platform heeft over de financiële afwikkeling een deel over van de vroegere functie van een handelsagent (zie par. 6.2.3), die geacht werd te verifiëren of prospectieve contractspartijen hun financiële verplichtingen zouden nakomen. Vraag is of het platform daarom meer of minder recht op courtage zou hebben, nu die garantiefunctie wordt overgenomen door een technische voorziening van de financiering die slechts geringe kosten met zich hoeft te brengen.

De regels van bemiddeling en agentuur lijken nauwelijks relevant te zijn. De specifieke regels over klantenvergoeding en goodwill zijn bij platforms niet relevant. Alleen van belang

³³ Alleen financiële overeenkomsten zijn uitgesloten, art. 7:428 lid 2 BW.

³⁴ Zo'n benadering zou passend kunnen zijn omdat het platform ook in zekere zin gebruikmaakt van de diensten van de platformwerker.

³⁵ Bij sommige platforms, waar een platformwerker een vaste relatie kan opbouwen met de afnemers, kan dit anders liggen. Een voorbeeld zou kunnen zijn als een platformwerker via een platform regelmatig schoonmaakdiensten bij particulieren verricht, en vervolgens buiten het platform om met deze afnemers contracteert.

zijn de zorgplichten die op platform en platformwerker rusten uit hoofde van art. 7:430 en 7:435 BW: deze zouden een aanknopingspunt kunnen bieden voor verdergaande regulering van de relatie tussen beiden. Daarnaast biedt de specifieke invulling van de zorgplicht inspiratie: onder meer houdt de zorgplicht voor de handelsagent in dat hij enige controle moet verrichten naar de betrouwbaarheid van de aangedragen afnemers.³⁶ Verder zou de regeling een voorbeeld kunnen zijn voor bescherming van de platformwerker, als wordt aangenomen dat deze zich in een vergelijkbare positie bevindt als de handelsagent (afhankelijk van een grote partij). De bescherming zou dan beperkingen kunnen opleggen aan de opzegging, een dringende reden voor opzegging op straffe van schadeplichtigheid, en vergoeding wegens minder gebruik van diensten.

6.2.3 Franchise

Een platform wijkt af van gewone bemiddeling in die zin dat een platform vaak sterke invloed uitoefent op de wijze van presentatie van reclame, de voorwaarden van en uitvoering van de overeenkomst. Diverse platforms streven een sterke mate van uniformiteit na. Daardoor lijken platforms eigenlijk meer op franchise dan op bemiddeling.³⁷ Dit is opmerkelijk: in het verleden was er bij franchise meestal niet tevens sprake van bemiddeling. Franchise en agentuur waren van oudsher twee afzonderlijke manieren waarmee concrete klanten konden worden bereikt. Door de opkomst van internet zijn beide figuren vermengd geraakt: een platform vermengt de rol van franchisegever met handelsagent.³⁸ De verwantschap met franchise blijkt ook uit het feit dat in sommige gevallen het platform zelf als dienstverlener wordt beschouwd.³⁹ In de zaak HvJ 20 december 2017, C-434/15 (*Uber*) oordeelde het HvJ dat Uber zelf een taxidienstverlener was. Bepalend daarbij was dat Uber zelf een aanbod van diensten creëerde, deze met behulp van IT toegankelijk maakte en daarvan de algemene werking organiseerde ten behoeve van afnemers (par. 38). Zonder de Uber-app zouden veel aanbieders geen taxidienst zijn gaan verlenen en niet in contact zijn gekomen met de afnemers, terwijl Uber bovendien een beslissende invloed op de voorwaarden van de dienstverlening uitoefende (par. 39).

Een verschil met franchise is de controle van het platform over de uitvoering van de dienst en de financiële afwikkeling. Dit versterkt de machtspositie van het platform. De invloed op de uitvoering van de overeenkomst kan wisselen: een platform als Booking.com gebruikt dit kennelijk nauwelijks, terwijl Uber een grote mate van invloed heeft en mede om die

36 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/337 d.w.z. dat de partij geen wanprestatie pleegt en kredietwaardig is.

37 Vgl. Schaub 2020/42 over deze parallel.

38 Overigens wijst Asser/Houben 7-X 2019/154 erop dat franchise en dienstenagentuur moeilijk te onderscheiden zijn.

39 Zie in het bijzonder Uber: HvJ 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Uber Spain*). Hierover Schaub 2020/12-17, 39-47.

reden zelf als dienstverlener wordt aangemerkt.⁴⁰ Deze invloed op de uitvoering kan het gevoel van een platformwerker versterken dat hij nauwelijks zelfstandige is.⁴¹

Voor franchise waren tot voor kort betrekkelijk weinig regels, veel werd geregeld op basis van algemeen contractenrecht.⁴² Per 1 januari 2021 is echter in werking getreden titel 16 van Boek 7. BW: 'Franchise'.⁴³ Deze titel houdt een regeling in van diverse aspecten van de franchise, niet alleen de precontractuele informatieversterving maar ook de wijze waarop de contractuele relatie invulling wordt gegeven. Relevant zijn de volgende bepalingen.

- “De franchisegever en de franchisenemer gedragen zich jegens elkaar als een goed franchisegever en een goed franchisenemer” (art. 7:912 BW), wat in essentie neerkomt op de zorgplicht van art. 7:401 BW.
- Informatieversterving voorafgaand aan de overeenkomst (art. 7:913-915 BW).
- Informatieversterving tijdens de overeenkomst (art. 7:916-917 BW).
- Verplichting tot versterving van commerciële en technische bijstand aan de franchisenemer (art. 7:919 BW).
- Vereisten aan de inhoud van de overeenkomst, o.a. verbod op te ver strekkend non-concurrentiebeding en verbod op te ver strekkend exclusief afnamebeding (art. 7:920 BW).
- Vereiste van instemming van meerderheid van franchisenemers bij aanzienlijke wijziging van de overeenkomst of formule (7:921 BW).

Deze regels zijn ingegeven ter bescherming van franchisenemers en komen voort uit bestaande klachten van franchisenemers (mede blijkend uit jurisprudentie). Voor platforms zou met name het vereiste van instemming bij gekwalificeerde meerderheid van de franchisenemers van groot belang kunnen zijn. Deze regel is echter nog geen wet, en bovendien is onzeker of een platform als franchise kan worden aangemerkt. Art. 7:911 BW definieert de franchiseformule als:

“eenvormige commerciële formule voor de productie of verkoop van goederen dan wel het verrichten van diensten, die in ieder geval omvat:

- een handelsmerk, model of handelsnaam, huisstijl of tekening, en
- knowhow, zijnde een geheel van niet door een intellectueel of industrieel eigendomsrecht beschermde praktische informatie, voortvloeiend uit de ervaring van de franchisegever en uit de door hem uitgevoerde onderzoeken, welke informatie geheim, wezenlijk en geïdentificeerd is;”

Een obstakel voor het aanmerken van platforms als franchise, is het vereiste van knowhow. De exclusiviteit bij platforms komt niet per se voort uit bijzondere knowhow,⁴⁴ maar

40 HvJ 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (Uber Spain), r.o. 39: “Uber exercises decisive influence over the conditions under which that service is provided.”

41 Hier staat tegenover dat uniformiteit ook een positief effect kan hebben, zoals bij franchise, waardoor klanten liever kiezen voor een uniform product dat hen zekerheid geeft over de inhoud en kwaliteit van het product.

42 Zie Asser/Houben 7-X 2019/138 e.v.

43 Wet van 1 juli 2020, *Stb.* 2020/251, inwerkingtreding *Stb.* 2020/493.

44 Overigens is er wel een enigszins vergelijkbaar element, te weten de data die een platform verzamelt over het gedrag van werkenden en afnemers. Die data leiden echter niet tot exclusiviteit van het productaanbod (zoals een ‘secret sauce’). Wel kan het ertoe leiden dat het platform zich beter op de markt kan positioneren, wat in zoverre een vergelijkbare functie heeft als klassieke knowhow.

eenvoudigweg uit wat wordt genoemd het *netwerkeffect*, namelijk dat men de eerste en de grootste is. Het gevecht van Uber om de hegemonie op de Aziatische markt laat zien dat dit meer een kwestie van PR en consumentenvoorkeuren is dan van intrinsieke knowhow of betere kwaliteit. De rol van het netwerkeffect is een van de bijzonderheden van platforms: het neemt de plaats in van *goodwill* bij gewone ondernemingen.

6.2.4 Algemeen verbintenissenrecht

Tot slot is er de vraag of het algemene verbintenissenrecht additionele bescherming kan bieden. Het voert te ver om alle regels van het verbintenissenrecht na te lopen. De meest relevante punten zijn de volgende.

- a) informatieplichten jegens de werkende. De wet bevat, op basis van Europese Richtlijnen, veel informatieplichten voor elektronische dienstverlening en overeenkomsten op afstand, die echter vooral de consumentenbescherming dienen.⁴⁵ Deels gelden zij ook jegens bedrijfsmatige handelende personen. Verder kunnen ook op basis van algemeen verbintenissenrecht (zoals dwaling) informatieplichten worden aangenomen, vergelijk bij franchise. De problematiek rond platforms heeft echter weinig van doen met informatieplichten. Ook als alle verplichte informatie is gegeven kunnen werkenden in de knel komen, nu zij door het netwerkeffect weinig serieuze alternatieven hebben en geen andere voorwaarden kunnen afdwingen. Dat de informatie meestal niet wordt gelezen, is juridisch niet relevant: dit is ook bij consumenten het geval.
- b) toetsing van algemene voorwaarden (art. 6:231-247 BW). Hoewel deze vooral de bescherming van consumenten dienen, kunnen zij reflexwerking hebben ten aanzien van het mkb. De expliciete regels op dit punt betreffen echter vooral kwesties die voor eindafnemers van belang zijn, niet voor dienstverleners. De algemene norm van 'onredelijk bezwarend' (art. 6:233 BW) is, voor zover hier van belang, ook al geïmpliceerd in de regels inzake oneerlijke handelspraktijken (zie hierna).
- c) oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193a-193j BW, een implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken 2005/29).⁴⁶ Hoewel deze merendeels de precontractuele verhouding betreffen, is een deel hiervan ook gericht op de contractsuitvoering. Hoewel deze regels primair de b2c⁴⁷-verhouding betreffen, kunnen zij reflexwerking hebben op werkenden. Zie vooral de rol van professionele zorgvuldigheid, waar wij hierna op ingaan.

Deze leerstukken bieden dus weinig relevant. Wel van belang zijn enkele leerstukken die een basis zouden kunnen bieden voor hogere eisen aan het handelen van het platform.

Allereerst zijn er normen die strekken tot bescherming tegen misbruik door het platform. In het bijzonder is er een algemene norm die ten grondslag ligt aan de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken 2005/29: het vereiste dat het handelen in overeenstemming is met 'professional diligence', professionele zorgvuldigheid.⁴⁸ Deze norm valt naar Nederlands

45 Met name art. 3:15d, 6:227a-227c, 6:230a-230v BW. Zie thans in het bijzonder de Richtlijn Consumentenrechten 2011/83/EU.

46 Zie ook Goanta & Mulders 2019 over de toepassing van de Wet OHP op apps en websites (m.b.t. gebruik van data).

47 Afkorting van 'business to consumer', d.w.z. een onderneming tegenover een consument.

48 Hierover Tjong Tjin Tai 2016; Verkade 2016, nr. 26; zie ook Goanta & Mulders 2019.

recht grotendeels samen met de algemene contractuele zorgplicht en/of de redelijkheid en billijkheid, en de zorgplicht bij de opdracht, agentuur e.d. Het vereist onder meer dat een partij zich bij zijn handelen mede laat leiden door de belangen van de wederpartij. Deze norm kan een grondslag bieden voor de regulering van de relatie tussen platform en platformwerker (zoals is gebeurd bij franchise), maar heeft als nadeel dat zij vooralsnog geen concrete inhoud heeft. Het voordeel van deze norm is dat zij zich mede richt op de uitvoering van de overeenkomst, en het lijkt vooral in die fase te zijn dat de meeste problemen zich voordoen. Het zou bijvoorbeeld een grens kunnen stellen aan uitbuiting door te hoge courtage, onredelijke eisen aan beschikbaarheid van de werkende, te verstrekkende eisen aan de uitvoering van de overeenkomst. Dit vereist echter nogal wat creativiteit en durf van de rechter, nu er nauwelijks richtinggevende regelgeving of jurisprudentie is op dit punt.

Een tweede punt is de verantwoordelijkheid van het platform om te beschermen tegen risico's. Het platform kan, onder bepaalde omstandigheden, gehouden zijn om te waarschuwen tegen bepaalde risico's en deze tegen te houden: het platform zou als 'poortwachter' fungeren. De jurisprudentie hierover heeft tot nog toe vooral betrekking op banken.⁴⁹ Het lijkt op het eerste gezicht een stap te ver om ook van platforms zo'n verstrekkende mate van controle te eisen. Moet de bemiddelaar letten op slechte klanten? Toch is zo'n verantwoordelijkheid wel degelijk aanvaard bij de agentuur ten aanzien van de financiële toestand van de wederpartij.⁵⁰ Zou dit bij platforms op basis van een ongeschreven zorgplicht kunnen worden aangenomen? Hiervoor kan zeker reden zijn als het platform de indruk wekte dat zij controles uitvoerde. Dit zou onrechtmatig kunnen zijn, bij analogie met art. 6:193c lid 1 sub b: een handelspraktijk is ook oneerlijk als de consument wordt misleid over 'de voornaamste kenmerken van het product, zoals (...) risico's, uitvoering, (...) of de resultaten en wezenlijke kenmerken van op het product verrichte tests of controles'. Verder zou het platform misschien, zoals bij de agentuur, verplicht zijn om te compenseren als de platformwerker te weinig opdrachten krijgt.

Hieraan gerelateerd is de aansprakelijkheid van het platform jegens de platformwerker om bedrijfsrisico's op te vangen (zoals personenschade en zaakschade, maar ook claims van afnemers). Normaal gesproken zal een zelfstandige opdrachtnemer zijn eigen risico's moeten dragen als deze binnen de gewone bedrijfsrisico's vallen (art. 7:406 lid 2 BW, hierboven). Hieronder lijken ook claims van de afnemer op de platformwerker te vallen. Er is alleen aansprakelijkheid jegens het platform in geval van wanprestatie door het platform. Dit zou bijvoorbeeld zo kunnen zijn als het platform bepaalde controles had moeten uitvoeren en dit heeft nagelaten, of bepaalde voorzorgsmaatregelen had moeten treffen. Op dit moment lijkt het nog niet gebruikelijk dat een platform zelf zulke verplichtingen opneemt in de overeenkomst. Dan is de vraag of er op grond van de redelijkheid en billijkheid toch zulke verplichtingen moeten worden 'ingelesen' in de overeenkomst. Zie ook de alinea hierboven ten aanzien van controles en hetgeen in paragraaf 6.3 aan de orde komt bij de aansprakelijkheid voor letselschade van de platformwerker.

49 HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3717, NJ 2006/289 (*Safe Haven*) en HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 (*ABN AMRO/St. Gedupeerde Beleggers vd B*).

50 Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/337 over financiële toestand.

Het bijzondere aan platforms van het type c is dat zij een veel sterkere invloed op de uitvoeringsfase hebben dan gebruikelijk bij franchise of agentuur,⁵¹ waardoor er eigenlijk vooral een nominale zelfstandigheid van de platformwerker is. Dit kan erin uitmonden dat in feite het platform de dienstverlener is (vgl. Uber). Die machtsverhouding kan tevens via het mededingingsrecht genormeerd worden. In het privaatrecht kan deze macht worden beperkt door de algemene open normen, zoals de redelijkheid en billijkheid. De gewone assumptie in het recht, dat je kunt opzeggen als het je niet bevalt, werkt niet in een markt met een dominante partij wegens netwerkeffecten. Dit zou kunnen leiden tot beperkingen aan de mogelijkheid van tussentijdse wijzigingen (vgl. de franchiseregels) of de opzeggingsregeling.

Er is dus reden om op basis van de aangegeven algemene normen, en geïnspireerd door de bijzondere regels besproken in paragraaf 6.2.1-6.2.3, additionele beschermingsregels te aanvaarden. Deze zouden platformwerkers beschermen op een vergelijkbare wijze als franchisenemers en principalen/handelsagenten. De huidige regels bieden hooguit enige bescherming bij ongevallen op basis van art. 7:406 BW. Wij komen hier in paragraaf 6.4 op terug.

6.3 De positie van de platformwerker⁵²

In dit deel staat de uitwerking van het beschermingsniveau van de platformwerker centraal. Zoals toegelicht in paragraaf 6.1, gaan we er daarbij (hypothetisch) van uit dat de relatie tussen de platformwerker en het platform niet als arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW kwalificeert. Hebben dergelijke zelfstandige platformwerkers, zoals vaak wordt aangenomen, echt aanzienlijk minder rechten dan werknemers? Het is interessant om deze vraag aan de hand van enkele praktijkvoorbeelden te analyseren. Daarbij wordt een vergelijking gemaakt tussen de platformwerkers op diverse typen platforms:

- a) het platform als facilitator;
- b) het platform als bemiddelaar; en
- c) het platform als dienstenaanbieder.

Van ieder type hebben we een voorbeeld gezocht en zoveel mogelijk de daarop betrekking hebbende contracten verzameld en geanalyseerd.⁵³ Hieronder volgt per platformvoorbeeld een korte typering en vervolgens een analyse van de contractuele infrastructuur en de mate van bescherming van de platformwerker aan de hand van de kernthema's: einde van de overeenkomst, loon en aansprakelijkheid. De rechtvaardiging hiervoor is dat dit thema's betreft die een relatief grote impact kunnen hebben op het welzijn van de platformwerker. Deze zijn dan ook niet voor niets in het arbeidsrecht uitgebreid geregeld (zie vooral afd. 7.10.2, 7.10.6, 7.10.9 BW). De vraag is in hoeverre het algemeen vermogensrecht bij deze kernthema's de platformwerker ook enige bescherming geeft ten opzichte van het platform.

51 Wellicht houdt dit verband met de aansturing via een app c.q. algoritmes.

52 Zie ook Schaub 2020, p. 101-108.

53 In het geval van Werkspot is die te vinden op www.werkspot.nl/algemene-voorwaarden. De documenten van Charly Cares zijn te vinden op www.charlycares.com. De voorwaarden van Deliveroo zijn mij op verzoek toegezonden door de afdeling voorlichting en overigens deels af te leiden uit jurisprudentie.

Tevens wordt, waar aan de orde, bezien in hoeverre de Wet minimumloon, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Arbeidsomstandighedenwet en de Arbeidstijdenwet van toepassing zijn en wat die voor bescherming bieden. Deze wetten hebben namelijk een breder bereik dan de werknemer ex art. 7:610 BW en kunnen dus ook aan de orde zijn indien de kwalificatiediscussie in het kader van genoemde bepaling terzijde wordt gelaten.⁵⁴

6.3.1 *Het platform als facilitator: Werkspot*

Typering en aanvang

Werkspot is een platform van het type a: facilitator.⁵⁵ Het werkt, kort gezegd, als volgt. Een 'vakman' (een natuurlijk persoon die zich beschikbaar stelt voor het verrichten van opdrachten) schrijft zich in op het platform krachtens een overeenkomst met Werkspot. Een opdrachtgever heeft een bepaalde klus, gaat op Werkspot kijken en plaatst deze klus. Ook tussen hem en het platform komt een overeenkomst tot stand op het moment waarop hij zich inschrijft om toegang te krijgen tot de vakmannen. Typerend voor Werkspot is dat het verder geen bemoeienis heeft met de inhoud en totstandkoming van de overeenkomst tussen opdrachtgever en vakman. Dit wordt geheel overgelaten aan partijen. Zowel over de prijs, als over de duur en nadere voorwaarden wordt niets geregeld in de overeenkomsten met het platform. Wel bedingt Werkspot dat het een 'leadprijs' krijgt van de vakman voor het aanbrengen van een succesvolle 'lead' (een opdracht van een opdrachtgever). Hierop is de Waadi niet van toepassing, nu er geen arbeidsovereenkomst tot stand komt tussen de vakman en de opdrachtgever.⁵⁶

Einde

De overeenkomst tussen Werkspot en de vakman wordt aangegaan voor onbepaalde duur.⁵⁷ De vakman kan op ieder moment deze overeenkomst opzeggen. Werkspot moet een opzegtermijn van een maand in acht nemen. Er is geen beperking opgenomen ten aanzien van de opzeggingsgronden. Wel is er een aparte bepaling die Werkspot het recht geeft om een overeenkomst te ontbinden wegens 'gegronde redenen'. Deze redenen zijn, kort gezegd, door partijen op voorhand als tekortkoming aangemerkte gedragingen van de vakman. Denk hierbij aan misleiding door de vakman (het schrijven van fakereviews) of het niet langer voldoen aan de regelgeving. Het recht op schadevergoeding van de vakman wegens beëindiging van de overeenkomst door Werkspot is niet uitgesloten. Dat kan op grond van de redelijkheid en billijkheid aan de orde zijn bij duurovereenkomsten.⁵⁸ Wel is het recht op schadevergoeding in de overeenkomst beperkt tot de directe schade die de vakman lijdt en gemaximeerd op € 500. Of dat steeds afdwingbaar is ondanks de contractuele afspraak, is een kwestie van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Aangezien de overeenkomst tussen Werkspot en de vakman niets regelt over de relatie tussen de

54 We gaan niet in op de vraag in hoeverre het Europees werknemersbegrip sommige platformwerkers meer bescherming biedt. Zie daarvoor hoofdstuk 3 van dit boek.

55 Zie: www.werkspot.nl.

56 Zie echter de brief van de Minister van SZW d.d. 18 juni 2020 (*Kamerstukken I* 2019/20, 35074, T, p. 16-17), waarin wordt aangekondigd dat de Waadi middels een wetswijziging op dit punt ook voor sommige platforms gaat gelden.

57 Art. 17.1 algemene voorwaarden Werkspot, geraadpleegd via www.werkspot.nl op 1 maart 2020.

58 HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, *NJ* 2016/450, m.nt. Tjong Tjin Tai.

vakman en de opdrachtgever, is weinig te zeggen over de beëindigingsvoorwaarden daarvan. Aangenomen mag worden dat dit doorgaans een resultaatsverbintenis zal zijn die eindigt bij het opleveren van het aangenomen werk.

Loon

Aangezien de prijs of vergoeding direct wordt overeengekomen tussen vakman en opdrachtgever, bevat de overeenkomst tussen de vakman en Werkspot hierover niets. Werkspot garandeert dus op geen enkele manier dat de vakman ook betaald krijgt voor zijn werkzaamheden. Uiteraard bevat de overeenkomst wel een regeling over betaling van de leadprijs. Deze wordt door Werkspot aan de vakman gecommuniceerd voordat hij de lead accepteert. Over de hoogte hiervan is de overeenkomst onduidelijk. Deze is afhankelijk van de inhoud van de gevraagde kluswerkzaamheden en de wijze waarop de reactie wordt verzonden en kan van tijd tot tijd wijzigen. De vakman is de leadprijs verschuldigd indien hij een lead ontvangt naar aanleiding van een reactie. De overeenkomst met de opdrachtgever zal dan meestal nog niet tot stand zijn gekomen, zodat het risico bestaat dat de vakman de leadprijs al aan Werkspot verschuldigd is, terwijl er misschien uiteindelijk geen betaalde werkzaamheden uit voortvloeien. Restitutie wordt toegekend in de vorm van een tegoed op het platform. Werkspot is bevoegd de tarieven te wijzigen. Is de vakman het daar niet mee eens, dan heeft hij het recht om de overeenkomst op te zeggen.

De Wet minimumloon is ook van toepassing op platformwerkers die arbeid verrichten, tenzij dat gebeurt in de uitoefening van bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van beroep (art. 2 lid 2 sub b WML). De begrippen 'beroep' en 'bedrijf' komen overeen met het ondernemerschap in fiscale zin.⁵⁹ Om te bepalen of een platformwerker ondernemer is, gelden een aantal elementen zoals: of de opdrachtnemer meer dan één opdrachtgever heeft, ondernemersrisico loopt, aantoonbaar aan acquisitie doet, zich naar buiten toe als zelfstandig ondernemer presenteert, debiteurenrisico loopt, winst maakt of het oogmerk heeft om winst te behalen die redelijkerwijs ook te verwachten is. Ook het doen van investeringen in bedrijfsmiddelen wordt meegenomen.⁶⁰ In grote meerderheid zullen vakmannen van Werkspot als ondernemer kwalificeren en dus niet in aanmerking komen voor de WML.

Aansprakelijkheid voor schade geleden door de platformwerker

Een platformwerker kan onder omstandigheden een beroep doen op de bescherming van art. 7:658 lid 4 BW. In *Davelaar/Allspan*⁶¹ heeft de Hoge Raad de bescherming van deze bepaling zo uitgelegd dat deze ook ziet op 'personen die zich, wat betreft de door de werkgever in acht te nemen zorgverplichtingen, in een met een werknemer vergelijkbare positie bevinden'. Het arrest stelt twee voorwaarden om als niet-werknemer voor bescherming bij schade tijdens de uitoefening van werkzaamheden in aanmerking te komen: ten eerste moet de platformwerker werkzaamheden verrichten in het kader van het bedrijf van de inlener. Dat zou in dit geval het bedrijf van de opdrachtgever zijn en niet zozeer dat van Werkspot. Werkspot heeft immers geen bedrijf in het kader waarvan klussen worden gedaan. Mogelijk heeft de platformwerker wel een dergelijke vordering ten opzichte van

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33623, 3, p. 2.

⁶⁰ *Kamerstukken I* 2016/17, 33623, M, p. 10.

⁶¹ HR 12 maart 2012, ECLI:HR:2012:BV0616, JAR 2012/110, NJ 2014/414.

de opdrachtgever. Dat is echter afhankelijk van diverse omstandigheden. In de tweede plaats moet de platformwerker, om in aanmerking te komen voor bescherming ex art. 7:658 BW voor zijn veiligheid afhankelijk zijn van de inlener. Ook daarop kan Werkspot geen invloed uitoefenen. Ter vergelijking: om onder de Arbeidsomstandighedenwet te vallen, is van belang dat de platformwerker 'onder gezag' werkt (art. 1 lid 2 sub a ten eerste). Ook dat is bij Werkspot niet aan de orde. Hierboven in paragraaf 6.2 signaleerden wij dat soms art. 7:406 lid 2 BW een grondslag biedt voor een platformwerker om zijn opdrachtgever aansprakelijk te stellen. Voor een professionele opdrachtnemer is die grondslag alleen interessant indien de opdracht een bijzonder gevaar oplevert, dat gevaar het normale bedrijfsrisico te buiten gaat en het evenmin aan hem kan worden toegerekend. Ook deze grondslag zal daarmee niet snel aan de orde zijn.

Aansprakelijkheid voor door derden geleden schade

Denkbaar is dat de vakman schade toebrengt aan anderen in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Dat kan de opdrachtgever zijn of nog een ander. Art. 6:170 BW biedt de 'ondergeschikte' in het algemeen bescherming doordat alleen de werkgever aansprakelijk kan worden gehouden door de derden. Op grond van lid 3 van art. 6:170 BW geldt dat in hun onderlinge verhouding alleen de opdrachtgever en niet de ondergeschikte draagplichtig is. De platformwerker kan alleen aanspraak maken op deze bescherming als hij ondergeschikt is, welk begrip ruim wordt uitgelegd in de rechtspraak. Van ondergeschiktheid is sprake indien de opdrachtgever de bevoegdheid heeft om bij de opgedragen werkzaamheden enige aanwijzingen en bevelen te geven. Daarom is het denkbaar dat een opdrachtgever jegens een derde aansprakelijk is voor door een vakman veroorzaakte schade. Werkspot zelf heeft zich niet het recht voorbehouden in de overeenkomst met de vakman om aanwijzingen te geven bij het uitvoeren van de klussen. De vakman kan dus alleen in sommige gevallen bescherming ontleen aan art. 6:170 lid 3 jegens de opdrachtgever, niet jegens Werkspot.

De vraag is echter of Werkspot wellicht zelf nog aansprakelijk is op grond van art. 6:171 BW. Dit betreft de kwalitatieve aansprakelijkheid voor de hulppersoon. Het artikel stelt evenwel de eis dat de werkzaamheden ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever worden uitgevoerd. Hiervoor werd al geconcludeerd dat Werkspot niet zelf een klusbedrijf voert. Er is in theorie nog een discussie te voeren over de vraag of derden daarvan niet uit mogen gaan, maar dat lijkt onwaarschijnlijk.

Conclusie

Uit bovenstaande analyse blijkt dat een vakman er betrekkelijk alleen voor staat en weinig bescherming kan verwachten. Dat laat zich verklaren doordat Werkspot kan worden gezien als facilitator en/of verlener van ICT-diensten. Nu Werkspot niet betrokken is bij totstandkoming en/of uitvoering van de klusopdrachten, kan de vakman geen bescherming ontleen aan de aansprakelijkheidsbepalingen jegens Werkspot. Zoals hierboven in paragraaf 6.2 uiteengezet, is denkbaar dat zich in de toekomst een norm ontwikkelt op basis waarvan een platform aansprakelijk is jegens de platformwerker voor door de opdrachtgever veroorzaakte schade, omdat het platform onvoldoende controle heeft uitgeoefend op de opdrachtgever.

6.3.2 Het platform als bemiddelaar: Charly Cares

Charly Cares is, in feite, de digitale versie van de vroegere oppascentrale.⁶² Het is een platform van het type b: een bemiddelaar. De oppas en de ouder hebben ieder een duur-overeenkomst met Charly Cares (de gebruikersovereenkomst) en een serie kortdurende oppasovereenkomsten met elkaar. Charly Cares bedingt in de gebruikersovereenkomst dat zij uitsluitend via het platform faciliteert bij de totstandkoming van oppasovereenkomsten. De oppasovereenkomst geldt uitsluitend tussen de oppas en de gebruiker; Charly Cares is daarbij geen partij. Deze komt tot stand doordat oppas en ouder via het platform met elkaar in zee gaan. Hier lijkt een vorm van volmacht aan Charly Cares aanwezig te zijn. De oppasovereenkomst wordt, naar het lijkt, door Charly Cares als arbeidsovereenkomst beschouwd. Dat valt af te leiden uit het feit dat de Regeling dienstverlening aan huis van toepassing is verklaard. Dit is een regeling van de Staatssecretaris van Financiën⁶³ die ook geldt voor werksters en andere dienstverleners aan huis en die de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst veronderstelt. Charly Cares bedingt tevens dat zij 'zelf geen oppasdiensten aanbiedt'.⁶⁴

Einde

Charly Cares heeft opgenomen in de gebruikersovereenkomst dat de oppasovereenkomst eindigt wanneer de dienstverlening is volbracht. De vraag is of dat altijd juist is. Aangezien de oppasovereenkomst wordt gesloten tussen de gebruiker en de oppas en dit een arbeidsovereenkomst is, geldt de ketenregeling van art. 7:668a BW. Op grond daarvan kan na drie contracten voor bepaalde tijd (iedere oppasbeurt is dan een aparte arbeidsovereenkomst) een overeenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan.

In de oppasovereenkomst heeft Charly Cares ten behoeve van de oppas bedongen dat de ouder bij (zeer) ontijdige opzegging (binnen zes respectievelijk één uur voor aanvang) een deel van het loon verschuldigd is aan de oppas.

Loon

De betaling van de oppas is uitvoeriger geregeld dan bij de vakman van Werkspot. Zo is bepaald dat de betaling uiterlijk binnen 96 uur plaatsvindt aan de oppas. Deze betaling loopt via een zogenoemde 'payment provider' (Adyen). De gebruiker betaalt de prijs aan Charly Cares via Adyen met schuldbevrijdende werking voor de gebruiker. Charly Cares neemt via Adyen de betaling namens de oppas in ontvangst en maakt deze over op de bankrekening van de oppas. Er is zodoende geen risico op faillissement van Charly Cares. De achtergrond van deze snelle betalingstermijn is erin gelegen dat Charly Cares op grond van de Wet financieel toezicht niet langer dan vijf dagen een bedrag onder zich mag houden voor een andere partij, tenzij het een vergunning daartoe heeft.

Uit de aard van de overeenkomst volgt verder dat deze per tijdseenheid wordt betaald. Met dit oogmerk is een timer op de app geïnstalleerd die de ouder moet stoppen. Er kan

62 Zie: www.charlycares.com.

63 Rijksoverheid 2020, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/regelingen/2015/09/30/regeling-dienstverlening-aan-huis>.

64 Oppasovereenkomst geraadpleegd via www.charlycares.com op 14 februari 2020.

zodoende geen discussie ontstaan over de vraag hoe lang de oppasdienst heeft geduurd en hoeveel hiervoor verschuldigd is. Verder is de oppas voorafgaand aan de oppasovereenkomst zelf vrij om met de ouder de hoogte van het loon te bepalen. Het platform geeft hiervoor 'richtlijnen en advies'.⁶⁵ Die lijken te zien op herhaelopdrachten en bijzondere tijden.

Nu de oppas een arbeidsovereenkomst heeft met de gebruiker, is de Wet minimumloon van toepassing. Deze voorziet er tevens in dat het loon is verschuldigd (in beginsel⁶⁶) over de daadwerkelijk gewerkte tijd. Deze aanspraken bestaan richting de gebruiker, niet jegens het platform. Een daarnaast bestaande aanspraak jegens het platform ligt niet voor de hand. De hoofdelijke of volgtijdelijke aansprakelijkheid ex art. 7:616a BW e.v. is niet aan de orde, nu het platform geen opdracht geeft aan de ouder, maar andersom.

Voorts is de Waadi aan de orde bij het loon van dit type platformwerk. Art. 3 van deze wet regelt dat de courtage niet door de platformwerker (oppas) mag worden gedragen (en dus door de ouder moet worden betaald). Deze regel lijkt in de praktijk makkelijk omzeilbaar door de courtage voor rekening van de ouder te brengen en vervolgens (eventueel) het loon van de oppas te verlagen.

Aansprakelijkheid voor schade geleden door de platformwerker

In theorie kan Charly Cares aansprakelijk worden gehouden op grond van art. 7:658 lid 4 BW. De relevantie van deze mogelijkheid is echter beperkt doordat de oppas in ieder geval de ouder aansprakelijk kan stellen. Daarmee bestaat immers een arbeidsovereenkomst. Voor de vraag of daarnaast het platform aansprakelijk kan zijn, is van belang of Charly Cares het oppasbedrijf uitoefent en of de oppas voor zijn/haar veiligheid afhankelijk is van Charly Cares. Hoewel het platform in de overeenkomst heeft opgenomen dat het geen oppasdiensten aanbiedt, wekt een blik op de site wel die indruk. De meeste aspecten van de oppasdienst vallen echter buiten de invloed van Charly Cares, zodat het platform weinig kan doen om de veiligheid te beïnvloeden. Wel kan men zich wat voorstellen bij aansprakelijkheid van het platform indien bekend is of had moeten zijn dat de ouder (of het kind) een bijzonder gevaar oplevert voor de oppas. Stel bijvoorbeeld dat de ouder bekend staat als een zedendelinquent of het kind eerdere oppassen heeft mishandeld, dan kan het platform aansprakelijk zijn, indien het hiervan op de hoogte is of had kunnen zijn en het nieuwe oppassen daarvoor niet waarschuwt.

Aansprakelijkheid voor door derden geleden schade

Het platform heeft in de oppasovereenkomst de aansprakelijkheid van de oppas aanzienlijk beperkt. Dit strekt ter bescherming van de oppas. Tevens heeft het platform een aansprakelijkheidsverzekering afgesloten ten behoeve van de oppas (en het platform). Tegelijkertijd stipuleert het platform dat het niet aansprakelijk kan worden gehouden voor schade die veroorzaakt is door de oppas. Aangenomen kan worden dat de oppas geen ondergeschikte is van het platform en dus geen bescherming krachtens art. 6:170 lid 3 BW heeft.

⁶⁵ <https://www.charlycares.com/nl/oppassers/verdiensten>, geraadpleegd op 16 augustus 2020.

⁶⁶ Als het bij een eenmalige overeenkomst blijft, geldt niet de minimaal aanspraak van drie uur ex art. 7:628a BW.

Daarnaast geldt dat een oppas niet snel jegens de ouder aansprakelijk kan zijn nu hij/zij een arbeidsovereenkomst met deze ouder heeft tijdens de duur van de oppaswerkzaamheden. Op grond van art. 7:661 BW kan de werkgever de werknemer niet aansprakelijk houden voor fouten in de uitoefening van de overeenkomst, tenzij als gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid. Dit geldt ook voor schade die derden proberen te verhalen op de ouder.

Conclusie

Een oppas van Charly Cares staat er aanzienlijk beter voor dan een vakman van Werkspot qua aansprakelijkheid. De oppas kan de ouder aanspreken voor eigen schade en is verzekerd voor schade die hij/zij veroorzaakt. Het is vanuit commercieel oogpunt ook wel begrijpelijk dat het platform dit standaard regelt. Veel ouders zullen daaraan enig vertrouwen ontleen om hun kind over te laten aan de oppas. Qua loon en ontslagbescherming is de positie van een 'oppasangel'⁶⁷ evident beter dan die van een vakman bij Werkspot.

6.3.3 *Het platform als dienstverlener: Deliveroo*

Een voorbeeld van het type c (het platform als dienstverlener) is Deliveroo.⁶⁸ Daarbij gaat het om maaltijdbezorging. Bij Deliveroo gaat het als volgt.⁶⁹ De consument die een maaltijd bestelt op de site van Deliveroo gaat een koopovereenkomst aan met het restaurant dat de maaltijd bereidt. Het restaurant heeft een overeenkomst met Deliveroo om op het platform te staan en om de bezorging te regelen. Deliveroo (en niet het restaurant) geeft een opdracht aan een koerier om de maaltijd te bezorgen. De koerier heeft dus alleen een overeenkomst met Deliveroo. Ook denkbaar was geweest dat het platform niet zelf opdracht geeft aan de koerier, maar dat het restaurant dit doet, met bemiddeling van het platform.⁷⁰ Ook is denkbaar de variant waarbij het restaurant de maaltijd verkoopt aan de bezorger en de bezorger deze weer doorverkoopt aan de consument.⁷¹ Het platform is juridisch gezien dan louter verantwoordelijk voor het bemiddelen bij de totstandkoming van diverse overeenkomsten en levert daarnaast ICT-diensten. We staan stil bij deze varianten omdat die laten zien hoe verschillend de opzet van de diverse contractuele relaties met en via het platform kan zijn. Dat kan van belang zijn voor de bescherming. Er is dus enige terughoudendheid op zijn plaats om aan het voorbeeld van Deliveroo te veel conclusies te verbinden voor model c.

Einde overeenkomst

De overeenkomst is in beginsel voor onbepaalde tijd. Deze kan door de opdrachtnemer/bezorger op ieder moment worden opgezegd en door Deliveroo met een termijn van een week. Op grond van art. 7:408 lid 1 BW kan Deliveroo te allen tijde opzeggen. Dat laat

⁶⁷ Zo duidt het platform zelf de oppas aan.

⁶⁸ Ten tijde van het afronden van dit hoofdstuk, wees het Gerechtshof Amsterdam een arrest waarin het oordeelde dat koeriers bij Deliveroo als werknemer dienen te worden gekwalificeerd (Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392). Er is cassatie aangekondigd. Zoals elders in dit hoofdstuk al is opgemerkt, nemen wij geen stelling in over die rechtsvraag, maar stellen wij de vraag welke rechtsbescherming er is als platformwerkers geen werknemer zouden zijn.

⁶⁹ Dit is gebaseerd op 'Deliveroo Rider Contract – Limitless', versie 12.12.2018, zoals op 7 maart 2020 toegezonden door de afdeling voorlichting van Deliveroo.

⁷⁰ Ook bij Deliveroo zijn er dergelijke concepten; zie ECLI:NL:RBAMS:2019:6292, r.o. 38 e.v.

⁷¹ TringTring hanteerde dit model in 2018/2019 (www.tringtring.nl).

onverlet dat de termijn, grond of de gevolgen van de opzegging door de redelijkheid en billijkheid verder kunnen worden ingekleurd (zie par. 6.3.3). Er is ter zake daarvan geen beperking opgenomen in de overeenkomst.

Loon

De overeenkomst voorziet in betaling van een all-in bedrag per bezorging. Deliveroo stelt voor de bezorger een tweewekelijkse factuur op die na goedkeuring van de bezorger wordt betaald. Over de betaaltermijn is niets opgenomen.

Aangezien betaling dus afhankelijk is van de bezorging, is het risico van te late of niet bezorging in beginsel voor de bezorger.

Een Deliveroo-bezorger die geen werknemer is, zal wel als zelfstandige maar meestal niet tevens als ondernemer kunnen worden gekwalificeerd (zie hiervoor bij Werkspot). In dat geval komt hij op grond van art. 2 lid 2 sub b WML in aanmerking voor minimumloon. De vraag is vervolgens of dit alleen maar ziet op de periode dat hij de opdracht uitvoert (kort gezegd vanaf het moment van acceptatie van de opdracht via de app tot de bezorging) of dat ook de tijd waarop hij beschikbaar is als arbeidstijd moet worden beschouwd. Deze vraag is niet makkelijk te beantwoorden, alhoewel 'beschikbaarheid' als concept in het arbeidsrecht bekend is en vrij makkelijk wordt aangenomen. Bovendien mag het recht op loon niet voor langer dan zes maanden worden weg gecontracteerd (vgl. art. 7:628 lid 5 BW). De regels die van toepassing zijn op een zelfstandige (o.m. de afdeling over opdracht) bevatten minder duidelijke regels.

Aansprakelijkheid voor schade door de platformwerker geleden

De kernvraag hier is of een bedrijf als Deliveroo een bezorgbedrijf is. Bij Deliveroo lijkt die vraag bevestigend te moeten worden beantwoord. Zij geeft immers opdracht tot bezorging en doet dat niet namens het restaurant. Gesteld kan dus worden dat de bezorger werkzaamheden verricht in het kader van het bedrijf van Deliveroo.⁷² Het is vervolgens de vraag of de bezorger voor de zorg voor zijn veiligheid afhankelijk is van Deliveroo. Blijkens het arrest *Davelaar/Allspan* is daartoe onder meer van belang de vraag in hoeverre Deliveroo invloed heeft op de werkomstandigheden van de bezorger en de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's. Interessant is dat Deliveroo veiligheidsvoorschriften oplegt en overeenkomt dat de bezorger steeds volgbaar is via gps. Daarnaast heeft Deliveroo mogelijk kennis die van belang kan zijn voor een veilige uitvoering van de opdracht (waar en wanneer vinden de meeste ongelukken plaats? Hoe kun je voorkomen daar slachtoffer van te worden?). Denkbaar is dat op basis van deze omstandigheden Deliveroo aansprakelijk kan zijn krachtens art. 7:658 lid 4 BW. Toch is voorzichtigheid geboden. Ook al kan Deliveroo een bezorger volgen via gps, betekent dit dan dat zij de bezorger ook kan behoeden voor een ongeval? In hoeverre zijn de met het verkeer verbonden risico's überhaupt beïnvloedbaar door Deliveroo?

Dit doet de vraag rijzen wat nu precies het verschil bepaalt tussen Werkspot (geen aansprakelijkheid ex art. 7:658 lid 4), Charly Cares (wel aansprakelijk, maar alleen voor

⁷² Zie Rb. Amsterdam 26 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6292.

zover beïnvloedbaar) en Deliveroo (ook aansprakelijk waarbij de beïnvloedbaarheid wat eerder zou kunnen worden aangenomen). Kort gezegd, wanneer een platform zich meer als dienstverlener presenteert (type c), wordt het ook aannemelijker dat de werker in de uitoefening daarvan werkt en door het platform bovendien kan worden behoeft voor gevaren die met deze dienst samenhangen.

Aansprakelijkheid voor door derden geleden schade

In de overeenkomst is opgenomen dat de bezorger vrij is om de overeengekomen werkzaamheden naar eigen inzicht en zonder toezicht en leiding van Deliveroo uit te voeren. Wel is bedongen dat Deliveroo aanwijzingen en instructies kan geven omtrent het resultaat van de opdracht. Voor de toepasselijkheid van art. 6:170 lid 3 jo. lid 1 BW is echter voor het aannemen van ondergeschiktheid van belang of er instructiebevoegdheid ten aanzien van de *opgedragen arbeid* is. Het is onzes inziens twijfelachtig of daarvan sprake is; daarvoor zijn uiteindelijk de feiten mede bepalend.⁷³ Dat sluit niet uit dat Deliveroo aansprakelijk kan zijn krachtens art. 6:171 BW. Een derde zou de bezorger namelijk als een hulppersoon ter uitoefening van het bedrijf van Deliveroo kunnen zien. In dat geval heeft de bezorger geen bescherming tegen een rechtstreekse claim (art. 6:170 lid 3 BW), maar denkbaar is dat de derde liever direct verhaal probeert te nemen op het platform. In de overeenkomst is bepaald dat in dat geval de bezorger aansprakelijk is en garandeert verzekerd te zijn voor onzorgvuldigheid bij de uitvoering van de dienst en dat de bezorger aansprakelijk is voor ieder verlies dat Deliveroo lijdt.

6.3.4 Tussenconclusie

Het voorgaande is hieronder samengevat in tabel 1. In tabel 2 is de mate van bescherming per thema gekwalificeerd. Groen betekent dat de werker als opdrachtnemer relatief veel bescherming toekomt ten opzichte van de andere typen platforms, rood betekent relatief weinig bescherming. Hierdoor valt op dat platformtype b (de bemiddelaar; Charly Cares) relatief veel bescherming biedt: twee keer groen en een keer oranje. Dit komt doordat bij dit type de platformwerker twee wederpartijen heeft: de ouder en het platform én hij met een van hen een arbeidsovereenkomst heeft. Die arbeidsovereenkomst biedt weliswaar minder bescherming dan een volledige arbeidsovereenkomst aangezien zij onder het bereik van de Regeling dienstverlening aan huis valt (minder ontslagbescherming, geen volledig recht op loon bij ziekte, en evenmin verzekerd voor de WW, ZW en WIA), maar niettemin verklaart dit de gunstige kwalificaties.

Ten tweede kunnen we iets zeggen over de bescherming van de platformwerkers in vergelijking met andere werkers. Vergelijken we de platformwerkers bij Werkspot en Deliveroo met een gewone werknemer, dan is het verschil zeer aanzienlijk. Vakmannen van Werkspot hebben geen bescherming van enige betekenis op een van de drie thema's. Als we Werkspot echter beschouwen als een facilitator, is dat ook niet schokkend. Dertig

⁷³ In Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 werd ten aanzien hiervan geoordeeld: "De werkzaamheden, het ophalen en bezorgen van voedsel, zijn van dien aard, dat daarvoor weinig aanwijzingen nodig zijn. Dus de aard van de werkzaamheden brengt met zich dat de mate waarin aanwijzingen gegeven worden, op zichzelf niet veel zegt over de aan- dan wel afwezigheid van een arbeidsovereenkomst."

jaar geleden hadden vakmannen evenmin enige bescherming van de Gouden Gids te verwachten. De bezorgers van Deliveroo (voor zover geen werknemer) hebben enige bescherming op het gebied van loon en aansprakelijkheid. Ten aanzien van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zou nog enige hoop geput kunnen worden uit de rechtspraak rond de opzegging van duurovereenkomsten, maar veel heil valt daar niet van te verwachten. Het privaatrecht en het publieke arbeidsrecht (zoals de Arbowet, de Artw en de Waadi) hebben op dit moment nog niet heel veel te bieden aan de zelfstandige platformwerkers. Misschien is in dit verband het belangrijkste gemis een adequate verzekering tegen arbeidsongeschiktheid. Zoals bekend is in het pensioenakkoord afgesproken dat die er moet komen. Ter relativering geldt wellicht nog dat de hier besproken platformwerkzaamheden voor de meeste mensen een bijbaantje zijn tijdens hun jeugd.⁷⁴

Een derde conclusie is dat werkers bij platformtype c (de dienstverlener/Deliveroo) meer bescherming hebben dan de werkers bij platform a (de facilitator/Werkspot). Zouden werkers bij type b geen arbeidsovereenkomst hebben, dan zouden die tussen type a en c inzitten. Er lijkt dus wel een verband te zijn tussen de hoeveelheid controle die een platform uitoefent en de mate van bescherming van de werkers. Dat lijkt in lijn met een algemeen aanvaard uitgangspunt: hoe meer zeggenschap iemand heeft, hoe meer aansprakelijkheid hij riskeert.

Tabel 1	Werkspot	Charly Cares	Deliveroo
Opzegbaarheid overeenkomst met platform	Opzegging niet beperkt	Opzegging met platform niet beperkt/met ouder wel	Opzegging niet beperkt
Termijn	Eén maand voor platform/geen termijn voor werker	Geen termijn	Eén week voor platform/geen termijn voor werker
Betalingstermijn	Risico werker	Max. vier dagen	Tweewekelijks
Incassorisico	Risico werker	Laag door gebruik Adyen	Laag
Risico bij wachttijd of meerwerk	Risico werker	Laag wegens timer	Risico werker
WML	Geen	Wel	Wel
Aansprakelijkheid ex art. 7: 658 lid 4	Platform niet aanspr.	Platform aanspr.	Platform aanspr.
Aansprakelijkheid jegens derden	Platform niet aanspr.	Platform niet aanspr./ouder wel	Platform niet aanspr.

⁷⁴ Sinds 1 juli 2020 is het overigens verboden om jongeren onder de 16 jaar op commerciële basis maaltijden te laten bezorgen; *Stcrt.* 2020, 34278.

Tabel 1	Werkspot	Charly Cares	Deliveroo
WML	Geen	Ja, alleen gebruiker	Platform aanspr.
Arbowet	Geen	Ja, alleen gebruiker	
Artw	Geen	Ja, alleen gebruiker	

Tabel 1: de positie van de platformwerker

Tabel 2	Werkspot	Charley Cares	Deliveroo
Opzegbaarheid overeenkomst met platform	Platform heeft één maand opzegtermijn	Arbeidsovereenkomst geeft bescherming	Vrijwel geen bescherming
Termijn			
Betalingstermijn	Dit is geheel aan platformwerker overgelaten	Platformwerker heeft recht op minimumloon en andere betalingsvoorwaarden	Recht op minimumloon
Incassorisico			
Risico bij wachttijd of meerwerk			
WML	Platformwerker kan niet bij platform terecht voor afwenteling risico aansprakelijkheid	Platformwerker geheel beschermd tegen risico aansprakelijkheid	Platformwerker heeft soms bescherming tegen schade bij bedrijfsongeval
Aansprakelijkheid ex art. 7: 658 lid 4			
Aansprakelijkheid jegens derden			

Tabel 2: de mate van bescherming van de platformwerker

6.4 Knelpunten en vormen van bescherming

Concluderend zijn er vijf punten die aandacht verdienen bij de bescherming van platformwerkers tegenover het platform.

- 1. de courtage (in het bijzonder latere verhoging, zie par. 6.2.1) en het volume aan opdrachten (zie par. 6.2.2);
- 2. de macht van het platform om de overeenkomst te wijzigen;
- 3. de discretionaire bevoegdheid van het platform om de overeenkomst op te zeggen;
- 4. de aansprakelijkheid voor ongevallen van platformwerkers;

5. de controle op de kwaliteit en betrouwbaarheid van de deelnemers. Wegens de grote mate van invloed op het ondernemingsproces lijkt men te verwachten dat platforms mede controle uitoefenen op de deelnemers. In geval van wangedrag van afnemers of werkenden wordt wel betoogd dat het platform hiervoor verantwoordelijk zou zijn.⁷⁵ De wettelijke regels zijn hier niet eenduidig over. Bij zuivere bemiddeling (platforms van het type a en b) zou dit niet of nauwelijks aan de orde zijn, al kan onderdeel van een bemiddeling zijn dat ook de betrouwbaarheid van contractspartijen wordt geverifieerd. In het verlengde hiervan ligt de onduidelijkheid over wie aansprakelijk is bij schade als gevolg van ongevallen.

Als we de drie typen uit de inleiding hiernaast leggen, lijkt het voor de hand te liggen dat we bij een grotere mate van invloed ook een grotere mate van controle vereisen en een grotere zorg voor de belangen van de platformwerker. Bij een louter faciliterend platform, een prikboardfunctie als type a, lijkt bijvoorbeeld de courtage geen probleem, aangezien partijen bij te hoge courtage vanzelf buiten het platform kunnen treden. Bij typische ‘alomvattende’ dienstverleningsplatforms als Uber is het feitelijk onmogelijk om buiten de app een overeenkomst te sluiten, omdat partijen niet rechtstreeks met elkaar in (contractueel) contact komen. Er is hier geen ruimte voor een uitputtende analyse van al deze aandachtspunten.

De vijf genoemde onderwerpen zouden dus nader geregeld kunnen worden, door beschermende regels te bieden, naar gelang een platform sterker opschuift van type a naar b of zelfs c. Bij type c biedt het geldende recht al enige bescherming: art. 7:406 of 7:658 lid 4 BW zouden bescherming kunnen bieden bij ongevallen van de platformwerker, en de WML zou bescherming kunnen bieden ten aanzien van de hoogte van het loon van de platformwerker. Van belang is hier dat vragen rond beschikbaarheid en werktijden nog niet duidelijk geregeld zijn voor zelfstandigen. Hier zal ook van belang zijn het voornemen om het verbod om van degene die bemiddeld wordt een vergoeding te vragen uit te breiden tot sommige platforms.⁷⁶ Aanvullende regels zouden met name passend kunnen zijn ten aanzien van:

- wijzigingsbevoegdheid en instemmingsrecht (zoals bij franchise). Dit is met name van belang bij wijziging van de courtage. Er zou ook overwogen kunnen worden om art. 7:613 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren op platforms. Dit artikel schrijft voor dat een beding waarbij de werkgever gerechtigd is om de overeenkomst eenzijdig te wijzigen alleen afdwingbaar is indien de werkgever een zwaarwichtig belang moet hebben, waarvoor dat van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken;
- expliciete regeling over draagplicht/aansprakelijkheid voor bedrijfsrisico's en claims van afnemers
- expliciete regeling voor eventuele verplichting om controles uit te voeren ten aanzien van de betrouwbaarheid van afnemers en werkenden.

⁷⁵ Bijvoorbeeld de eiser in de zaak *Murray v. Uber Technologies, Inc. and Frederick Q. Amfo*, <https://judicialcaselaw.com/courts/mad/cases/1_20-cv-11250-NMG/095110145124?page=1>.

⁷⁶ Brief van de Minister van SZW d.d. 18 juni 2020 (*Kamerstukken I 2019/20, 35074, T, p. 16-17*).

Veel bescherming is uiteindelijk afhankelijk van de vraag wat een platform nu eigenlijk is: een aanbieder van een dienst of een bemiddelaar? Hier zijn allerlei vervolgvragen te stellen: het lijkt vaak én een dienst én een bemiddelaar te zijn. Hoe stelt men vast wat bepalend is? Maakt de reguleringscontext nog uit of geldt 'eenmaal een dienst altijd een dienst'? Is de oorspronkelijke intentie van het platform van belang? Dit zijn rechtsvindingsvragen die het bestek van dit artikel te buiten gaan, maar zeker verder aandacht behoeven in het onderzoek naar de juridische aard van het platform.

Platformwerkers en het mededingingsrecht: vloek of zegen voor de sociale bescherming?

Inge Graef & Jasper van den Boom

7.1 Inleiding

Binnen het thema platformisering van arbeid, waarop dit boek zich richt, analyseert dit hoofdstuk welke rol het mededingingsrecht kan spelen om de sociale bescherming van platformwerkers te waarborgen. Platforms hebben ons grote maatschappelijke voordelen gebracht. Grensoverschrijdende handel is gemakkelijker, waardoor de economische groei toeneemt: consumenten profiteren door de komst van aanbieders als Uber en Deliveroo van meer keuze in diensten, en voor bedrijven en zelfstandigen is de drempel om zelf producten en diensten aan te bieden lager dan voorheen, doordat platforms als schakel naar consumenten fungeren. Inmiddels is het echter duidelijk dat de opkomst van platforms ook nadelige neveneffecten heeft.

Op zichzelf is sociale bescherming geen doel van het mededingingsrecht. Door het bevorderen van concurrentie kan mededingingshandhaving echter leiden tot uitkomsten op de markt die ook andere beleidsdoelen, waaronder de sociale bescherming van werkenden helpt te bereiken. Zo kan het mededingingsrecht ingezet worden om uitbuiting van platformwerkers door een onderneming met een economische machtspositie tegen te gaan. Daarnaast beschermt het mededingingsrecht de concurrentie op de markt, zodat platformwerkers eventueel van opdrachtgever kunnen wisselen. Aan de andere kant kunnen platformwerkers die als zelfstandigen worden aangemerkt ook beperkt worden door het mededingingsrecht, bijvoorbeeld in hun recht collectief te onderhandelen.

De centrale onderzoeksvraag in dit hoofdstuk is in hoeverre het mededingingsrecht een vloek dan wel een zegen is voor de sociale bescherming van platformwerkers. De focus ligt hierbij op de toepassing van het Europese mededingingsrecht op de Nederlandse situatie voor platformwerkers. Paragraaf 7.2 bekijkt de positie van platformwerkers vanuit het perspectief van het kartelverbod uit art. 101 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), waarna paragraaf 7.3 zich richt op de toepassing van het verbod op misbruik van machtspositie uit art. 102 VWEU. Zoals toegelicht in paragraaf 7.4, laat de analyse zien dat belangrijke vragen over de verhouding van platformwerkers tot het mededingingsrecht nog niet helemaal beantwoord zijn, maar dat er ruimte is de

mededingingsregels te interpreteren op een manier die ook belangen gerelateerd aan sociale bescherming bevordert.

7.2 Artikel 101 VWEU: de positie van platformwerkers en de mogelijkheid tot algoritmisch management

Platformwerk is een recente doch populaire ontwikkeling op de arbeidsmarkt. Dit type arbeid wordt verricht op diverse manieren en in diverse sectoren. De fietsbezorgers met Deliveroo-tassen zijn inmiddels een deel van het Nederlandse straatbeeld, maar er zijn ook diverse aanbieders voor platformwerk dat zich puur online afspeelt. Om deze verschillende vormen van platformwerk te bespreken wordt in dit hoofdstuk waar relevant een onderscheid gemaakt tussen (i) 'online platformarbeid' (het aanbieden van online werkzaamheden zoals vertalen of transcriberen) en (ii) 'offline platformarbeid' (het verrichten van o.a. vervoer en bezorgdiensten met aansturing via de app van een platform).¹

De platformwerkers die worden ingezet door deze ondernemingen bevinden zich in een unieke arbeidspositie: ze zijn noch 'klassieke' werknemers, noch 'klassieke' zelfstandigen. De platforms stellen dat platformwerkers zelfstandige ondernemers zijn en dat de platforms enkel coördinatie bieden aan hun 'partners' (de platformwerkers). Deze rol kan echter als problematisch worden gezien binnen het Europese mededingingsrecht: coördinatie van marktgedrag tussen zelfstandige ondernemers kan in bepaalde gevallen in strijd zijn met het kartelverbod. In art. 101 VWEU is neergelegd dat het verboden is voor ondernemingen om afspraken te maken die de mededinging binnen de interne markt kunnen vervalsen. Vooral afspraken met betrekking tot de prijs of de verdeling van een markt worden als problematisch aangemerkt. Een vraag is of een bedrijfsmodel zoals dat van Uber, waarin centraal prijzen worden vastgesteld en ritten worden verdeeld tussen de 'partners'² van het platform, op gespannen voet staat met het kartelverbod. Zo ja, dan zou dit positief zijn voor platformwerkers die meer controle over hun activiteiten moeten krijgen van het platform om mededingingsaansprakelijkheid te voorkomen. Het kartelverbod kan echter ook een beperkende werking opleveren voor platformwerkers om collectief te onderhandelen: een onderhandeling over het minimumloon zou namelijk ook gezien kunnen worden als een prijsafpraak.³

Door deze verboden zitten zowel de platforms als de platformwerkers vast tussen het mededingingsrecht en het arbeidsrecht. Wanneer platforms de platformwerkers als ondernemers aanmerken, riskeren zij een inbreuk te maken op het mededingingsrecht, afhankelijk van de coördinerende rol die zij op zich nemen. Dit kan voorkomen worden door de platformwerker als werknemer aan te merken, met de bijkomstigheid dat het

1 Lianos et al. 2018, p. 4.

2 De term 'partners' wordt gebruikt door Uber om de chauffeurs aan te merken als zelfstandige partners in plaats van medewerkers; door critici wordt dit gezien als een mogelijke schijnconstructie, waardoor platforms de toepassing van arbeidsrechtelijke bescherming kunnen ontwijken. Een van de centrale vraagstukken omtrent de toepassing van het mededingings- en arbeidsrecht op platformwerk is het vraagstuk in welke mate deze 'partners' zich gedragen als medewerkers of als zzp'ers.

3 Daskalova 2018, p. 471.

platform ook aan de normen voor sociale bescherming door werkgevers moet voldoen.⁴ In de praktijk valt de platformwerker echter tussen deze twee definities van 'ondernemer' en 'werknemer' in, waardoor deze noch de sociale bescherming geniet noch het vermogen heeft om collectief te onderhandelen. De platformwerker die zich in een zwakkere positie bevindt ten opzichte van het platform heeft hierdoor slechts beperkte middelen ter beschikking om voorwaarden te bedingen met het platform. In dit deel van het hoofdstuk worden de beschermende en beperkende factoren van art. 101 VWEU voor de positie van platformwerkers besproken, alsmede manieren om synergie te creëren tussen de doelen van het mededingingsrecht en het arbeidsrecht ter bevordering van de positie van platformwerkers.

7.2.1 *Het collectief onderhandelingsvermogen van platformwerkers in het licht van artikel 101 VWEU*

Binnen het Europese mededingingsrecht heeft de term 'onderneming' een eigen definitie. Een onderneming is 'iedere entiteit die zich bezighoudt met economische activiteiten'.⁵ Het Hof geeft een zeer brede invulling aan de term 'economische activiteiten' en de term 'onderneming', waardoor ook non-profitorganisaties en (delen van) overheidsinstanties binnen het begrip vallen voor een optimale werking van het kartelverbod.⁶ Ondanks de ruime definitie van 'onderneming' worden werknemers echter expliciet niet gezien als ondernemers in de zin van het mededingingsrecht. Werknemers zijn, voor de duur van hun arbeidsrelatie, een onderdeel van de onderneming die hen in dienst heeft genomen en vormen gezamenlijk met de werkgever een economische entiteit.⁷ De classificatie als zelfstandig ondernemer betekent daarmee dat de platformwerker niet alleen uitgesloten is van sociale bescherming in de vorm van (o.a.) arbeidsverzekeringen en pensioensopbouw, maar dat deze ook onderhevig is aan het kartelverbod. Hiermee ontstaat een mismatch tussen de doelen van het arbeidsrecht en de toepassing van het mededingingsrecht. De platformwerker bevindt zich in een asymmetrische machtsverhouding ten opzichte van het (machtige) platform, maar kan geen aanspraak maken op de rechtsbescherming voor werknemers via het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht. Tevens wordt de platformwerker beperkt in het vermogen om collectief te onderhandelen.⁸ Dit probleem van 'schijnzelfstandigheid' is reeds opgemerkt door onder meer Collins in 1990 en is dus niet nieuw, maar het mededingingsrecht voorziet vooralsnog niet in middelen om rekening te houden met de heterogeniteit van de mate van zelfstandigheid voor ondernemers.⁹

7.2.1.1 *De mogelijkheid tot collectief onderhandelen voor ondernemers volgens Europees recht*

In de Europese rechtsorde zijn er reeds een aantal zaken geweest over de legaliteit van collectieve onderhandelingen door kleine zelfstandige ondernemers. Hierin heeft het Hof

⁴ Nowag 2016, p. 94-103.

⁵ HvJ EU 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*).

⁶ Whish & Bailey 2018, p. 83-89.

⁷ HvJ EU 16 september 1999, C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419 (*Jean Claude Becu*).

⁸ Daskalova 2018, p. 470-472, 496-497.

⁹ Daskalova 2018, p. 8; Collins 1990, p. 369.

gepoogd een balans te vinden tussen de doelen van het arbeids- en het mededingingsrecht. De kenmerkende uitspraken van het Europees Hof betreffen die in de zaken *Albany*, *Pavlov* en *FNV KIEM* en zijn demonstratief voor deze complexe weging van belangen.¹⁰ In de eerste zaak, *Albany*, bepaalde het Hof dat een collectieve overeenkomst zoals neergelegd tussen werkgevers en vakbonden die zowel werknemers als zelfstandige ondernemers in die sector vertegenwoordigden, ook voor zelfstandigen geldt.¹¹ Het Hof benoemde in *Albany* dat, ondanks de mededingingsbeperkende werking van de collectieve overeenkomst in die zaak, een dergelijke collectieve overeenkomst buiten de werkingssfeer van art. 101 VWEU moet vallen omdat anders 'de met dergelijke overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek ernstig worden belemmerd'.¹² Hiermee poogt het Hof expliciet de juiste balans te vinden tussen de doelen van de respectieve rechtsgebieden. In de *Pavlov*-zaak, die één jaar na *Albany* plaatsvond, demonstreert het Hof echter dat dit vermogen tot collectief onderhandelen voor ondernemers beperkt moet worden uitgelegd. In deze zaak was voor zelfstandige ondernemers in de medische sector deelname aan een pensioenfonds wettelijk verplicht gesteld door de Nederlandse staat.¹³ In deze zaak bepaalde het Hof echter dat het besluit van de staat om de deelname aan een dergelijk pensioenfonds te beperken tot zelfstandige ondernemers het effect heeft om illegale overeenkomsten onder art. 101 VWEU aan te gaan of te versterken en dat de verdragen geen aanleiding geven hiervoor een uitzondering te maken.¹⁴ Het verschil tussen *Albany* en *Pavlov* is dat in *Albany* de collectieve overeenkomst is gesloten tussen sociale partners (werkgevers- en werknemersorganisaties). In *Pavlov* daarentegen handelden de ondernemers zelf als collectief.¹⁵ Zodoende was er in de eerste zaak geen sprake van een illegale afspraak tussen ondernemers en in de tweede wel, ondanks dat deze afspraken hetzelfde doel dienden: het ontwikkelen van een hoog niveau van werkgelegenheid en sociale bescherming en een harmonieuze ontwikkeling van de economische activiteit.¹⁶ Zodoende kunnen de platformwerkers ingevolge *Pavlov* niet gezamenlijk onderhandelen zonder vertegenwoordiging door een sectorbrede vakbond; een overeenkomst die daaruit voortvloeit is in strijd met art. 101 VWEU. Dit is echter enkel zo wanneer de platformwerkers worden gezien als 'echte' zelfstandigen.¹⁷

FNV KIEM bevestigt maar nuanceert de uitspraak in *Pavlov*. In *FNV KIEM* is sprake van een werknemersvereniging die zowel werknemers als zelfstandige ondernemers vertegenwoordigt, net als in *Albany*. Het verschil tussen *Albany* en *FNV KIEM* is echter dat in de laatste de collectieve overeenkomst enkel was onderhandeld ter bescherming van de positie van de zelfstandigen, en zodoende niet voor zowel het welzijn van de werknemers

10 HvJ EU 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*); HvJ EU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-4/98, ECLI:EU:2000:428 (*Pavlov*); HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*).

11 Lianos et al. 2018, p. 12-13; HvJ EU 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*), paragraaf 59-64.

12 HvJ EU 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*), paragraaf 54, 59.

13 HvJ EU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-4/98, ECLI:EU:2000:428 (*Pavlov*), paragraaf 102.

14 HvJ EU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-4/98, ECLI:EU:2000:428 (*Pavlov*), paragraaf 68-69.

15 HvJ EU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-4/98, ECLI:EU:2000:428 (*Pavlov*), paragraaf 68.

16 HvJ EU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-4/98, ECLI:EU:2000:428 (*Pavlov*), paragraaf 63; *Albany*, paragraaf 54.

17 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*).

als ondernemers gesloten was. Hierdoor bepaalt het Hof dat de werknemersvereniging daarmee optreedt als ondernemersvereniging en niet is uitgesloten van de werkingssfeer van art. 101 VWEU ingevolge *Pavlov*.¹⁸ Het Hof volgt deze redenering echter op door een uitzondering te maken voor 'schijnzelfstandigen', waar de positie van de ondernemer meer elementen heeft van het begrip 'werknemer' dan van 'onderneming' in de context van de Europese rechtsorde.¹⁹ Het Hof biedt hierbij een aantal concrete toetsingscriteria die voortvloeien uit jurisprudentie binnen het Europese arbeidsrecht: er moet gekeken worden of sprake is van een ondergeschiktheidsrelatie tijdens de duur van de contractuele verplichtingen, of het takenpakket van de ondernemer en werknemer hetzelfde is en naar de plaats en wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken.²⁰ De toetsingscriteria van *FNV KIEM* zijn reeds toegepast door de Nederlandse rechter in de tweede *Deliveroo*-zaak, waarin de rechtbank Amsterdam besloot dat de bezorgers van Deliveroo aangemerkt moeten worden als werknemers op basis van de mate van gezag dat wordt uitgeoefend door het platform (o.a. in de vorm van een centraal rooster voor de bezorgers en het opleggen van sancties voor het weigeren van een klus).²¹ *FNV KIEM* biedt zodoende enige bescherming aan platformwerkers: indien het platform te veel gezag uitoefent over de platformwerkers moeten deze als werknemer worden gezien en mogen ze aanspraak maken op bescherming van het arbeidsrecht en mogen ze collectief onderhandelen zonder beperkt te worden door het mededingingsrecht.²²

Het probleem van de mismatch tussen het arbeidsrecht en het mededingingsrecht is echter nog niet opgelost met de uitspraak in *FNV KIEM*. De uitspraak ziet enkel op situaties waarin sprake is van schijnzelfstandigheid; zodoende geldt het alleen voor situaties waarin de classificatie van werknemer als ondernemer verkeerd is.²³ Er is echter een breder spectrum aan mate van zelfstandigheid van platformwerkers in de kluseconomie die niet uitgesloten zijn van het mededingingsrecht, maar zich toch in een asymmetrische machtspositie bevinden ten opzichte van het platform.²⁴ Voor de echte 'semizelfstandigen' – duidend op een platformwerker die wel over voldoende mate van zelfstandigheid beschikt om niet aangemerkt te worden als werknemer, maar niet volledig zelfstandig is – biedt *FNV KIEM* geen oplossing, doordat er wordt vastgehouden aan de lijn van *Pavlov*. Het is zeer risicovol voor semizelfstandigen zoals platformwerkers om collectief enige bescherming te bedingen, omdat er een grote kans blijft bestaan dat dit leidt tot aansprakelijkheid onder art. 101 VWEU.²⁵

Het is daarmee de vraag of het de juiste beslissing was om af te wijken van de conclusie van advocaat-generaal Wahl in *FNV KIEM*, waarin hij een toetsing voorstelde waarbij wordt gekeken naar: (i) het risico op social dumping en (ii) de vraag of de afgesproken bepalingen

18 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), paragraaf 21-30.

19 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), paragraaf 33-42.

20 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), paragraaf 37.

21 Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (*Deliveroo*), paragraaf 20.

22 Zie hierboven aan het begin van paragraaf 7.2 (laatste alinea voorafgaand aan subparagraaf 7.2.1).

23 Voor een interpretatie van de *FNV KIEM*-uitspraak voor de Nederlandse context, zie Grosheide 2015.

24 Daskalova 2018, p. 467.

25 Daskalova 2018, p. 463, 471-473.

noodzakelijk zijn om social dumping te voorkomen.²⁶ De advocaat-generaal is het eens met de FNV dat de arbeidspositie van de werknemer en zelfstandige in dezelfde sector onlosmakelijk verbonden zijn met elkaar. Wanneer de werknemer eenvoudig vervangen kan worden door zelfstandigen, kan dit een sterke afbreuk doen aan de stabiliteit van de dienstbetrekking voor werknemers. Daarnaast ondermijnt de aanwezigheid van goedkope zelfstandigen de *raison d'être* van de collectieve onderhandeling: de uitschakeling van loonconcurrentie. Indien werknemers weten dat ze bij het eisen van betere arbeidsomstandigheden eenvoudig kunnen worden vervangen door werkers die buiten de cao vallen, is hun onderhandelingspositie ernstig verzwakt. Zodoende vergroot de aanwezigheid van schijnzelfstandigen het risico op social dumping ernstig.²⁷ De toetsing die wordt voorgesteld in de conclusie ziet daarmee enkel op de vraag of de collectieve overeenkomst de arbeidsvoorwaarden van werknemers verbetert door te voorkomen dat de werknemer wordt vervangen door een zelfstandige voor wie het tarief niet gebonden is aan het minimumloon.²⁸ Deze oplossing had semi- en echte zelfstandigen handvatten geboden zelf vakbonden op te richten om minimumvoorwaarden te stellen aan de vergoeding voor diensten. Het toetsen van het verschil tussen echte en schijnzelfstandigen zou van verminderd belang zijn, mits de afspraken enkel toezien op het voorkomen van social dumping.²⁹

De gekozen lijn van het Hof in de uitspraak in *FNV KIEM* geeft wellicht onvoldoende zekerheid aan deze groep zelfstandigen om zich te verenigen en collectief te onderhandelen, omdat dit nog steeds als een kartel aangemerkt kan worden.³⁰ De wetgevende macht kan hier een uitkomst bieden door een minimumloon voor zzp'ers vast te leggen of de 'cao-exceptie' duidelijk te omlijnen zodat zzp'ers weten wat hun vermogen is om collectief te onderhandelen. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) heeft de 'Leidraad voor tariefafspraken voor zzp'ers' in juni 2020 geactualiseerd toen het kabinet besloot om een wettelijk minimumtarief voor zzp'ers definitief van tafel te doen.³¹

7.2.1.2 *Hoe de wetgever synergie tussen het arbeids- en mededingingsrecht kan bevorderen*

Tussen twee private ondernemingen geldt het beginsel van contractsvrijheid. Deze vrijheid wordt in principe enkel ingeperkt wanneer er sprake is van een duidelijke asymmetrische machtspositie van een partij ten opzichte van de andere (zoals gezien in consumentenbescherming en arbeidsrecht).³² Dit beginsel kan opzij worden gezet wanneer *ex post* blijkt dat een van de partijen geen vrijheid had bij het aangaan van dat contract, bijvoorbeeld doordat een partij ernstig onder druk werd gezet.³³ Bij platformwerkers is er ook sprake

26 Concl. A-G 11 september 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2215 (*FNV KIEM*), paragraaf 83.

27 Concl. A-G 11 september 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2215 (*FNV KIEM*), paragraaf 67-89.

28 Concl. A-G 11 september 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2215 (*FNV KIEM*), paragraaf 100.

29 Hoekstra 2018, p. 44.

30 Boonstra 2016; Daskalova 2018, p. 487-490.

31 Brandsma, 'Minimumtarief voor zzp'ers van tafel, kabinet zoekt naar nieuwe vormen van bescherming', *Trouw*, 15 juni 2020. Zie sectie 2.1.2 voor een bespreking van deze leidraad; Autoriteit Consument en Markt, *Leidraad Voor Tariefafspraken zzp'ers*, 2019; voor een uiteenzetting van de voor- en nadelen van een minimumtarief zie Canoy & Hellingmans 2018.

32 Daskalova 2018, p. 491.

33 Daskalova 2018, p. 499.

van een asymmetrische machtspositie die de wetgever kan erkennen om bescherming te bieden. Het is aan de wetgevende macht of toezichthouder – in Nederland kan de Autoriteit Consument en Markt door middel van leidraden ingrijpen – om duidelijke parameters te stellen waarbinnen collectief onderhandeld mag worden, of andere interventies te bewerkstelligen ter bescherming van de platformwerker. Dit zou leiden tot aanzienlijk meer rechtszekerheid voor de semizelfstandige dan het vertrouwen op principes uit de rechtspraak. Ingrepen kunnen (o.a.) plaatsvinden in de vorm van leidraden, groepsvrijstellingen, prijsregulering of het introduceren van basisrechten (zoals het recht op non-discriminatie na het niet aannemen van een klus, of dataportabiliteit om met dezelfde reputatie bij een concurrerend platform aan de slag te gaan).³⁴

Lianos et al. (2018) hebben vier scenario's uiteengezet voor de toekomst van platformwerk. In het eerste scenario blijft het Hof per geval bekijken van welke mate van zelfstandigheid sprake is. De tweede mogelijkheid is om binnen het mededingingsrecht een aantal categorieën van 'valse' zelfstandigheid op te nemen, die uitgesloten worden van de toepassing van het mededingingsrecht om uitbuiting van laagdrempelige arbeid (waar de werkgever een ruime keuze heeft en dit de onderhandelingspositie van de zzp'er beperkt) te voorkomen.³⁵ Een derde scenario is een sterke uitbreiding van het concept van werknemer om *ex ante* alle platformwerkers in (bijvoorbeeld) 'offline platformarbeid' te omvatten en een vierde mogelijkheid bestaat in het herzien van het mededingingsrecht om sociale marktdoelen mee te nemen en daarmee af te stappen van de strikte economische benadering.³⁶ Het eerste scenario staat gelijk aan de huidige benadering en lijkt onwenselijk gezien de grote mate van rechtsonzekerheid en de kosten die verbonden zijn aan het herhaaldelijk procederen. Daarentegen lijkt het vierde scenario – de meeste vergaande ingreep – onwaarschijnlijk om op korte termijn te realiseren.

Het tweede en derde scenario ogen echter veelbelovend. Het minst ingrijpende middel is het aanpassen van de relevante richtsnoeren door de Europese Commissie, wat ook licht kan werpen op wat de Commissie ziet als al dan niet zelfstandige arbeid en wat dit betekent voor de rechten van de platformwerkers om collectief te onderhandelen. Vooral met de speerpunten van Commissie Von der Leyen voor een 'economie vóór de burger' en een 'Europa dat klaar is voor digitalisering' lijkt een dergelijke wijziging van de prioriteiten van het mededingingsrecht goed denkbaar.³⁷ Dit wordt tevens bevestigd door de uitspraken van Eurocommissaris Vestager dat platformwerkers moeten kunnen samenwerken om hun rechten te beschermen en dat het mededingingsrecht ze daarin niet zal hinderen.³⁸ In maart 2020 opende de Commissie een openbare raadpleging over de vraag hoe gezorgd kan worden dat de Europese mededingingsregels niet in de weg staan

34 Daskalova 2018, p. 491-500.

35 Canoy & Hellingmans 2018, p. 184.

36 Voor een uitgebreide discussie over deze mogelijkheden zie Lianos et al. 2018, p. 22-37.

37 U. von der Leyen, *A Union That Strives For More – My Agenda For Europe, Political guidelines for the next European Commission 2019-2024*, 2019, beschikbaar via https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf.

38 Toespraak Eurocommissaris voor de Mededinging Margrethe Vestager, 'Competition and sustainability', *GCLC Conference on Sustainability and Competition Policy*, Brussels, 24 oktober 2019, beschikbaar via https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200524/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-sustainability_en.

aan collectieve onderhandeling door zelfstandigen die dat nodig hebben.³⁹ Het aannemen van nieuwe maatregelen op EU-niveau kan een mogelijke uitkomst van dit proces zijn.

Het uitvaardigen van richtsnoeren (of leidraden) vindt op nationaal niveau reeds plaats, waarbij de nationale mededingingsautoriteiten moeten blijven binnen de grenzen van het Europees mededingingsrecht. In Nederland is door de ACM de *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers* uitgevaardigd. Hierin heeft de ACM vastgelegd voor welk type afspraken er cao-uitzonderingen gelden. Ingevolge de Leidraad vallen cao-bepalingen binnen de exceptie wanneer ze (i) het resultaat zijn van een sociale dialoog tussen organisaties van werkgevers en werknemers (het aardvereiste) en (ii) rechtstreeks leiden tot een verbetering van de arbeidsvoorwaarden en/of bescherming van de werkgelegenheid (het doelvereiste).⁴⁰ Het document volgt in de uitleg van die criteria strikt de uitspraak van het Hof in *FNV KIEM*.⁴¹

Hiermee legt de ACM de wijze uit waarop de uitzonderingen op art. 101 VWEU doorwerking krijgen in het Nederlands recht. Waar Daskalova (2018) aangeeft dat het onwaarschijnlijk is dat onder de Europese interpretatie zal worden voldaan aan de eisen die dit artikel stelt aan een uitzondering, hanteert de ACM een brede uitleg waaronder semizelfstandigen bescherming kunnen vinden.⁴² Volgens de Leidraad mag een groep zzp'ers collectief onderhandelen over o.a. minimumtarieven wanneer er voldaan wordt aan vier criteria⁴³:

- a) De afspraak waarborgt een objectief vast te stellen minimale sociale bescherming.
- b) Zonder afspraak komt deze bescherming niet tot stand en de afspraak gaat niet verder dan voor het bereiken van dit doel noodzakelijk is.
- c) Een billijk deel van de voordelen van de afspraken komt ten goede aan de directe en indirecte afnemers.
- d) Er blijft voldoende ruimte over voor concurrentie tussen zelfstandigen.

Via deze criteria voor een gerechtvaardigde afspraak geeft de ACM door middel van een leidraad zowel gehoor aan het Europese recht als een reële en duidelijke mogelijkheid voor zzp'ers om collectief op te treden. De ACM geeft een uitgebreide uitleg over de eisen die worden gesteld aan ondernemersverenigingen om aan de voorwaarden te voldoen.⁴⁴ Zodoende vindt de voorgestelde toetsing door advocaat-generaal Wahl toch doorwerking in het Nederlandse mededingingsrecht. Een vergelijkbaar richtsnoer op Europees niveau zou veel duidelijkheid bieden over de toekomst van platformwerkers over de gehele Unie en de bevoegde autoriteiten van de lidstaten.

39 Europese Commissie, *Inception impact assessment: 'Collective bargaining agreements for self-employed – scope of application of EU competition rules'*, Ref. Ares(2021)102652 – 06/01/2021, beschikbaar via https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12483-Collective-bargaining-agreements-for-self-employed-scope-of-application-EU-competition-rules#574486_20210106114658.

40 *Leidraad Voor Tariefafspraken zzp'ers*, 2019, paragraaf 43.

41 Ook bespreekt de leidraad tevens de bagatel-uitzondering, welke de *de minimis*-normen uitlegt die afspraken tussen ondernemingen uitzonderen van het nationale mededingingsrecht, afhankelijk van de omzet en marktaandelen van ondernemingen. *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers*, 2019, paragraaf 40-43.

42 Daskalova 2018, p 494; *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers*, 2019, paragraaf 45.

43 *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers*, 2019, paragraaf 56.

44 *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers*, 2019, paragraaf 49-65.

Een ingrijpend middel is een Algemene Vrijstellingsverordening waarin bepaalde categorieën van laagdrempelige arbeid kunnen worden uitgesloten van de werkingssfeer van het mededingingsrecht. Zo'n aanpak lijkt haalbaar en ook bruikbaar, omdat in een Vrijstellingsverordening duidelijk gespecificeerd kan worden wat toelaatbaar is voor collectief optreden en aan welke criteria dit moet voldoen. Een voorbeeld is de Ierse '2002 Competition Act', waar reeds een onderscheid wordt gemaakt tussen schijnzelfstandigen en 'echte' zelfstandigen.⁴⁵ In deze Competition Act is tevens een toetsingskader opgenomen op basis waarvan de ondernemer zich kan aanmelden voor de uitzondering (dus om aangemerkt te worden als schijnzelfstandige), namelijk als: (i) er geen of minimale economische effecten op de markt plaatsvinden waarin de categorie zelfstandigen opereert, (ii) er geen of minimale verliezen zijn voor de staat en (iii) er op geen andere wijze inbreuk wordt gemaakt op de voorwaarden die worden gesteld door de Competition Act of de gehele rechtsorde (inclusief de Europese rechtsorde).⁴⁶

Een vergelijkbare uitzondering als in de Ierse wet kan gemaakt worden door de Europese wetgever, waardoor er op pan-Europees niveau duidelijkheid kan worden geschept en de rechten van semizelfstandigen en schijnzelfstandigen geharmoniseerd worden. Verder wijzen Lianos et al. (2018) er ook op dat het mogelijk is voor de Europese wetgever om een verder onderscheid te maken tussen volledig zelfstandigen, semizelfstandigen en schijnzelfstandigen.⁴⁷ Door af te stappen van het binaire onderscheid tussen zelfstandige en werknemer kan meer flexibiliteit worden gecreëerd in de sociale bescherming van de 'nieuwe zelfstandigen' in de dynamische kluseconomie.

7.2.2 Platforms als kartelondersteuners

In de vorige sectie is art. 101 VWEU besproken als 'obstakel' voor het behartigen van het belang van de platformwerker. Dezelfde bepaling beperkt echter ook de mogelijkheden voor platforms om de mededinging op de markt te verstoren en kan hiermee indirect ook positief zijn voor de positie van de platformwerker. Wanneer platformwerkers worden gezien als (volledig) zelfstandig kan een platform mogelijk worden aangemerkt als kartelondersteuner. Ingevolge art. 101 VWEU is het verboden om vormen van coördinatie aan te bieden die de mededinging vervalsen. Deze coördinatie kan zowel plaatsvinden door bedrijven binnen één markt of door een bedrijf dat buiten de relevante markt opereert, maar wel coördinatie aanbiedt. Het vraagstuk of die tweede vorm van coördinatie binnen de werkingssfeer van art. 101 VWEU valt, is relevant voor platforms die zich veelal profileren als 'informatiebedrijf' dat niet binnen dezelfde markt opereert als de ondernemers die ze aansturen, bijvoorbeeld Uber dat zelf alleen een app, maar geen vervoersdiensten aanbiedt. Het is tevens mogelijk dat het platform binnen een andere productmarkt valt dan de platformwerker (in de *Airbnb*-zaak wordt het platform aangemerkt als informatiedienst, terwijl de verhuurders accommodatiediensten leveren).⁴⁸ Dit hindert de werking van art. 101 VWEU echter niet, gelet op het arrest *Treuhand*.⁴⁹ In deze zaak bood een consultancybureau ter ondersteuning

45 Lianos et al. 2018, p. 30.

46 Lianos et al. 2018, p. 30-31.

47 Lianos et al. 2018, p. 14.

48 HvJ EU 19 december 2019, C-390/18, ECLI:EU:2019:1112 (*Airbnb Ireland*).

49 HvJ EU 22 oktober 2015, C-194/14P, ECLI:EU:C:2015:717 (*Treuhand*).

van een kartel diensten aan ter verzameling, verwerking en exploitatie van marktgegevens, maar was zelf niet actief op de markt waarop het kartel plaatsvond.⁵⁰ Het Hof bepaalde echter dat om de effectiviteit van art. 101 VWEU te waarborgen het faciliteren van een kartel ook onder het verbod valt, niet enkel het direct deelnemen aan een kartel.⁵¹ Het is daarmee duidelijk dat de platforms verantwoordelijk blijven voor de coördinatie die zij aanbieden, ongeacht de markt waarin zij stellen te opereren.

Bij een platform als Uber is er geen afspraak tussen alle partijen om prijzen te stellen, maar hebben duizenden (kleine) ondernemingen een individuele overeenkomst met het platform dat vervolgens een (maximale) prijs vaststelt voor deze ondernemingen. Dit kan een illegale vorm van verticale prijsbinding van Uber's chauffeurs zijn.⁵² Of het vaststellen van de prijs door Uber's algoritme een overtreding is van art. 101 VWEU hangt af van de vraag of de concurrentieverstorende effecten die dit oplevert gerechtvaardigd kunnen worden, bijvoorbeeld omdat Uber voor het efficiënt functioneren van zijn platform een mate van controle zou moeten hebben over de prijs. In de Verenigde Staten is in 2015 inderdaad een rechtszaak gestart tegen Uber op basis van de claim dat Uber prijscoördinatie tussen chauffeurs van UberBLACK en UberSUV faciliteert.⁵³ Alhoewel deze zaak buiten de Europese rechtsorde plaatsvindt, kan het inzicht verschaffen in hoeverre Uber en Uber's chauffeurs zich gedragen als een kartel: indien er volgens de Amerikaanse mededingingsregels sprake zou zijn van verticale prijsbinding, dan kan dit ook aanleiding geven voor de Europese mededingingsautoriteiten om een onderzoek in te stellen naar de rechtmatigheid van het ondernemingsmodel van platforms die de prijzen van hun platformwerkers bepalen.

De druk vanuit het mededingingsrecht om het uitgeoefende gezag door een platform te beperken, bevordert dus de volgende driedeling ten aanzien van de vrijheid van ondernemerschap van de platformwerker: (i) het platform kiest ervoor veel gezag uit te oefenen waardoor het platformwerkers moet aanmerken als medewerkers ingevolge *FNV KIEM*, (ii) als het platform weinig tot een gemiddeld niveau van gezag uitoefent maar prijzen vaststelt, kan zulke prijscoördinatie in bepaalde omstandigheden gezien worden als een kartel, of (iii) het platform faciliteert enkel het contact tussen de zelfstandige ondernemers en klanten, waarbij platformwerkers wel vrijheid van onderneming houden. In de laatste situatie wordt de onvervalste mededinging in de markt beschermd (omdat iedere ondernemer zijn eigen prijzen kan stellen), maar kan het platform alsnog vasthouden aan het huidige bedrijfsmodel (het vragen van commissie over gefaciliteerde diensten).

50 HvJ EU 22 oktober 2015, C-194/14P, ECLI:EU:C:2015:717 (*Treuhand*), paragraaf 7.

51 HvJ EU 22 oktober 2015, C-194/14P, ECLI:EU:C:2015:717 (*Treuhand*), paragraaf 36.

52 Verticale prijsbinding verwijst naar een situatie waar een onderneming die hoger in de productieketen zit (bijvoorbeeld een producent) vaste prijzen oplegt aan ondernemingen die lager in de productieketen staan (zoals de leverancier).

53 15 Civ 9796; 2016 U.S. Dist. Lexis 43944 (*Spencer Meyer v Travis Kalanick*). In mei 2020 vroeg de eiser de rechter om de eerder vastgestelde uitkomst in arbitrage te vernietigen omdat de arbiter alleen vanwege angst in het voordeel van Uber zou hebben beslist. Zie Bellon 2020.

7.2.3 Gezamenlijk gebruik van prijsalgoritmes en prijssoftware

Een vernieuwend element van de bedrijfsvoering van platforms is dat er veelal gebruik wordt gemaakt van prijsalgoritmes. Hierdoor worden binnen platforms de prijzen niet door menselijke handelingen op elkaar afgesteld maar wordt dit automatisch gedaan door de gebruikte prijsalgoritmes (ook prijssoftware genoemd). Hierdoor ontstaat de vraag of de afstemming tussen prijsalgoritmes wel gezien moet worden als een kartel, omdat er geen daadwerkelijke afspraak wordt gemaakt over de prijs tussen de partijen.⁵⁴

Het coördineren van prijzen zonder een afspraak is echter niet nieuw, deze coördinatie wordt in het mededingingsrecht gezien als onderling afgestemde feitelijke gedraging. In dat geval is er – ondanks een gebrek aan een formele afspraak – toch sprake van illegale samenwerking door het uitwisselen van gevoelige informatie (zoals prijsinformatie). Voorbeelden van een dergelijke uitwisseling van informatie kunnen worden gevonden in de *Wood Pulp*-zaak, waar de ondernemersvereniging de prijslijsten van individuele ondernemers circuleerde.⁵⁵ In een andere zaak, *John Deere*, konden de tractorverkopers via een centraal punt historische en huidige data van medeverkopers opvragen.⁵⁶ In beide zaken werd geoordeeld dat het verminderen van onzekerheid tussen de individuele ondernemers een inbreuk was op art.101 VWEU. Met de centrale rol van gedeelde databases en het gebruik van prijsalgoritmes door platforms moet er opnieuw aandacht worden besteed aan wat moet worden verstaan onder de term ‘onderling afgestemde feitelijke gedraging’. Het is namelijk de vraag in hoeverre de automatische acties van een algoritme of prijssoftware gezien kunnen worden als het uitwisselen van informatie.

De *Eturas*-zaak is een voorbeeld van een kartel op basis van gedeelde prijssoftware.⁵⁷ In deze zaak maakten diverse reisbureaus gebruik van het E-turas-programma dat hen in staat stelde om via hun internetsite reizen te koop aan te bieden. Op een bepaald moment kregen de gebruikers van het E-turas-programma een melding in hun digitale inbox dat de maximale korting die ze via het programma aan klanten konden bieden, verlaagd zou worden. De reisbureaus konden hun klanten alleen nog meer korting aanbieden als zij hiervoor extra technische formaliteiten ondernamen.⁵⁸ Het Hof stelde vast dat een dergelijk programma de mededinging verstoort, maar gaf hierbij twee toetsingscriteria voor de aansprakelijkheid van gebruikers van het programma: (i) heeft de concurrent kennisgenomen van de prijsafstemming door het algoritme en (ii) heeft de concurrent zich verzet tegen deze prijsafstemming?⁵⁹ De deelnemers die konden aantonen dat ze niet op de hoogte waren van de ontvangst van de voorgestelde korting konden volgens het Hof niet verantwoordelijk gehouden worden, net als diegenen die zich hadden verzet.⁶⁰

54 Zie Nowag 2016; OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 2017.

55 HvJ EU 31 maart 1993, gevoegde zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85 tot C-129/85, ECLI:EU:C:1993:120 (*Wood Pulp*).

56 HvJ EU 27 oktober 1994, T-35/92, ECLI:EU:T:1994:259 (*John Deere*).

57 HvJ EU 21 januari 2016, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 (*Eturas*).

58 HvJ EU 21 januari 2016, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 (*Eturas*), paragraaf 5-13.

59 HvJ EU 21 januari 2016, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 (*Eturas*), paragraaf 26-28.

60 HvJ EU 21 januari 2016, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 (*Eturas*), paragraaf 50.

Een recenter voorbeeld is de Franse *Partneo*-zaak waarin vijf grote Europese autofabrikanten gebruikmaakten van de *Partneo*-software van het bedrijf Accenture. *Partneo* berekende automatisch de maximale prijs die consumenten bereid waren te betalen voor reserveonderdelen, wat tot gevolg had dat de prijzen van reserveproducten in een korte tijd met gemiddeld 15% stegen.⁶¹ Het is niet duidelijk hoe de software precies werkte en of de software de prijzen van de ene fabrikant aanpaste aan de hand van prijsinformatie van de andere fabrikant. Als dit het geval was, is het nog de vraag of concurrenten van elkaar wisten dat concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld werd door middel van de software. Dit is een belangrijk verschil tussen de *Partneo*-zaak en de *Wood Pulp*- en *John Deere*-zaken, waar de marktdeelnemers op de hoogte waren van de uitwisseling van informatie. In het geval van *Partneo* zijn er geruchten dat de autofabrikanten zich bij hun keuze voor Accenture zouden hebben laten leiden door de wetenschap dat meer fabrikanten het gebruikten.⁶² Dit zou duiden op een onderling afgestemde feitelijke gedraging, maar omdat de Franse mededingingsautoriteit geweigerd heeft de zaak te onderzoeken zijn de feiten niet duidelijk. Er is echter geen groot feitelijk verschil tussen de vaststelling van de prijzen in *Partneo* en de vaststelling van prijzen door een platform voor hun werkers. Net als bij het platform, stelt één bedrijf de prijs vast voor een groep zelfstandige ondernemingen. Indien de mededingingsautoriteiten een inbreuk op het mededingingsrecht hadden gevonden bij *Partneo*, had dit verduidelijkt in hoeverre platforms zich kunnen verschuilen achter het gebruik van een prijsalgoritme in plaats van menselijk handelen voor het afstemmen van prijzen.

In *Eturas* wordt de mate van menselijk handelen in het vaststellen van de prijzen ook gezien als een van de centrale vraagstukken. Het zal voor zowel de platforms als de platformwerkers niet mogelijk zijn aan te tonen dat deze niet wisten van de centraal gestelde prijs voor alle deelnemers. Hierdoor lijkt de *Eturas*-zaak een sterke indicatie dat – in ieder geval – de platforms zich schuldig maken aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging door de prijs centraal vast te stellen. Het is onwaarschijnlijk dat het gebruik van een algoritme hier een verschil in maakt. *Eturas* biedt echter wel een mogelijkheid voor de platformwerkers om zich te verdedigen. Het tweede element van *Eturas* is namelijk dat de concurrent zich heeft verzet tegen de prijsafstemming. In *Eturas* was dit mogelijk door hogere kortingen aan te bieden door middel van technische aanpassingen in het programma. Dit roept de vraag op of de voorwaarden die worden gesteld door platforms zoals Uber de platformwerker een redelijke mogelijkheid verschaffen om van de voorgestelde prijs af te wijken. Indien *Eturas* zo wordt gelezen dat de concurrent zich ook redelijkerwijs *moet kunnen* verzetten, dan zou de platformwerker uitgesloten worden van sancties indien deze geen – of geen werkbare – manier heeft om van de door het platform bepaalde prijs af te wijken. Ook zou het opleggen van prijzen door Uber gezien kunnen worden als een vorm van verticale prijsbinding, waarvoor alleen de onderneming aansprakelijk is die de prijs oplegt, en niet ook de ondernemingen die gebonden zijn aan de vastgestelde prijs.

61 Zie Mandrescu 2018 (online: laatst bijgewerkt op 7 juni 2018).

62 Mandrescu 2018 (online: laatst bijgewerkt op 7 juni 2018).

Tussenconclusie

Als tussenconclusie van dit deel van het hoofdstuk is het duidelijk dat art. 101 VWEU geïnterpreteerd kan worden op een manier die platformwerkers toestaat collectief te onderhandelen, hoewel daarbij meer zekerheid over de grenzen van mededingingsaansprakelijkheid wenselijk is. Daarnaast kan mededingingsaansprakelijkheid van platforms platformwerkers helpen bij het verkrijgen van meer controle en vrijheid bij het uitvoeren van diensten. Daarnaast is het onwaarschijnlijk dat platforms kunnen ontsnappen aan de werkingssfeer van art. 101 VWEU door zich te beroepen op algoritmisch management. Nieuwe technologieën bieden veel mogelijkheden tot transformatie van de arbeidsmarkt, maar wat offline verboden is, is dat ook online. Het opleggen van de wil van het platform in een asymmetrische machtspositie zal in de volgende sectie besproken worden in de context van art. 102 VWEU.

7.3 Artikel 102 VWEU: misbruik van machtspositie en de bescherming van platformwerkers

Het verbod op misbruik van machtspositie is ook relevant bij de vraag wat het mededingingsrecht kan betekenen voor de sociale bescherming van platformwerkers. Belangrijk is dat het misbruikverbod uit art. 102 VWEU alleen van toepassing is op bedrijven met een economische machtspositie. Het Hof van Justitie heeft dit begrip gedefinieerd als een positie die een onderneming 'in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen'.⁶³ Meer concreet kan volgens de Europese Commissie een onderneming die voor een aanzienlijke periode in staat is de concurrentie te beïnvloeden ten nadele van consumenten (bijvoorbeeld door het verlagen van prijzen om concurrenten van de markt te verdrijven of het verminderen van de kwaliteit van diensten) in de regel beschouwd worden als een onderneming met een machtspositie.⁶⁴

Veelal wordt het bestaan van een machtspositie bepaald aan de hand van marktaandeelen.⁶⁵ Hiervoor moet eerst vastgesteld worden binnen welke relevante markt mededinging plaatsvindt, met andere woorden: welke producten of diensten met elkaar concurreren. Het perspectief van de consument is hierbij leidend.⁶⁶ De vraag die opkomt voor het doel van dit hoofdstuk is hoe de relevante markt afgebakend moet worden voor platforms die offline platformarbeid aanbieden, zoals Uber en Deliveroo. Als deze platforms ieder op

63 HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), paragraaf 65 en zie ook HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche*), paragraaf 38.

64 Mededeling van de Europese Commissie – Richtsnoeren betreffende de handavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie ('Mededeling betreffende handavingsprioriteiten') *PbEG* 2009, C-45/7, paragraaf 11.

65 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht ('Bekendmaking relevante markt') *PbEG* 1997, C-372/5, paragraaf 2.

66 De Bekendmaking relevante markt stelt in paragraaf 7: "Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd."

hun beurt concurreren, met, respectievelijk, traditionele taxibedrijven en restaurants, is het moeilijk aan te tonen dat ze beschikken over een economische machtspositie in hun markt in kwestie.

Ervan uitgaande dat het mogelijk is platforms als Uber te kwalificeren als onderneming met een machtspositie, is de volgende stap in de mededingingsanalyse onder art. 102 VWEU te bepalen of de betreffende onderneming haar machtspositie heeft misbruikt. Het mededingingsrecht maakt hierbij een onderscheid tussen uitsluitings- en uitbuitingsmisbruik.⁶⁷ Uitbuitingsmisbruik benadeelt consumenten rechtstreeks door praktijken, bijvoorbeeld door het vragen van excessieve prijzen of het opleggen van oneerlijke (contractuele) voorwaarden aan consumenten. Uitsluitingsmisbruik bestaat uit gedrag waarbij de onderneming met machtspositie concurrenten verdrijft van de markt door bijvoorbeeld het weigeren van toegang tot een essentiële infrastructuur of het opleggen van exclusiviteit aan handelspartners. Door uitsluitingsmisbruik worden consumenten ook geschaad op een indirecte wijze, doordat concurrenten van de markt worden gedreven en er minder concurrentie is op basis van onder andere prijs, kwaliteit en innovatie. Hierna gaan we in op een aantal vormen van uitsluitings- en uitbuitingsmisbruik die relevant zijn bij de vraag in hoeverre art. 102 VWEU de sociale bescherming van platformwerkers kan bevorderen.

7.3.1 *Uitsluitingsmisbruik*

Een mogelijke manier waarop platforms concurrenten kunnen uitsluiten van de markt is door exclusiviteit op te leggen aan platformwerkers. Uber zou bijvoorbeeld in haar contracten met chauffeurs kunnen eisen dat zij exclusief voor Uber rijden en niet op andere platforms tegelijkertijd actief mogen zijn. Dat platforms veelal geen exclusiviteit in hun overeenkomsten eisen kan verklaard worden doordat chauffeurs anders eerder zouden kwalificeren als werknemers in plaats van zelfstandige ondernemers, waardoor het arbeidsrecht van toepassing zou worden. Immers, als Uber wil dat chauffeurs exclusief voor haar rijden, zou dit in de praktijk betekenen dat Uber deze chauffeurs in dienst neemt. Dit levert een interessante interactie op tussen het arbeids- en mededingingsrecht. Doordat platforms toepasselijkheid van het arbeidsrecht willen voorkomen, zullen ze geen exclusiviteit opleggen aan hun platformwerkers waardoor een belangrijke vorm van uitsluitingsmisbruik onder het mededingingsrecht wordt voorkomen.

Wel zijn er andere, minder vergaande manieren waarop bedrijven platformwerkers kunnen beperken of verhinderen om tegelijkertijd voor meerdere opdrachtgevers te werken. Uber zou bijvoorbeeld chauffeurs kunnen straffen die te veel voorgestelde ritten afwijzen door hen minder gunstige ritten voor te stellen en voorrang te geven aan andere chauffeurs die meer loyaal zijn.⁶⁸ Platforms selecteren immers welke platformwerkers gelinkt worden aan

⁶⁷ Mededeling betreffende handhavingsprioriteiten, paragraaf 7.

⁶⁸ Er zijn aanwijzingen dat een dergelijke mogelijkheid is ingebouwd in Uber's algoritme. Zie in de context van een uitspraak van een Brits 'Employment Tribunal' uit 2016, Houwerzijl 2017a: 'Een ongunstige invloed op de reputatie heeft in ieder geval een gebrek aan beschikbaarheid voor een rit (de standaard is een acceptatiepercentage van 80), of na eerdere acceptatie alsnog ritten weigeren'.

welke consumenten en hebben hiermee een grote mate van controle over het commerciële succes van individuele platformwerkers.

In deze context is de *Google Shopping*-zaak relevant. In juni 2017 legde de Europese Commissie Google een boete op van 2,42 miljard euro voor het misbruiken van haar machtspositie in de markt voor internetzoekdiensten. Google gaf voorrang aan haar eigen prijsvergelijkingsdienst Google Shopping in de algemene zoekresultaten ten koste van concurrerende prijsvergelijkingsdiensten die door Google's algoritme gedegradeerd werden in de lijst met zoekresultaten.⁶⁹ In juli 2019 opende de Commissie een mededingingsonderzoek naar een soortgelijke vorm van zelfbevoordeling door Amazon dat gegevens over transacties gemaakt door derden op haar handelsplatform voor zichzelf zou houden, ten gunste van haar eigen verkoopactiviteiten als retailer.⁷⁰ Bij de positie van platformwerkers speelt niet zozeer zelfbevoordeling van de activiteiten van het platform een rol, aangezien bedrijven als Uber en Deliveroo in tegenstelling tot Google en Amazon niet verticaal geïntegreerd zijn. Met andere woorden, deze bedrijven concurreren niet met platformwerkers, omdat ze zelf geen ritten aanbieden of gerechten bezorgen aan consumenten. Ze vormen 'slechts' de bemiddelaar tussen platformwerkers en consumenten. Alsnog kan de redenering in de *Google Shopping*-zaak over discriminatie van concurrenten ten voordele van het platform relevant zijn, als deze doorgetrokken kan worden naar vormen van discriminatie door het platform tussen platformwerkers onderling. Dit soort praktijken hebben elementen van zowel uitsluitings- als uitbuitingsmisbruik.

7.3.2 Discriminatie tussen platformwerkers onderling

Omdat bedrijven als Uber en Deliveroo zelf geen ritten of maaltijden verzorgen en dus niet rechtstreeks concurreren met hun platformwerkers, kunnen deze platforms in principe geen voordeel halen uit het bevoordelen van één of meerdere platformwerkers ten opzichte van anderen. Zoals advocaat-generaal Wahl stelde in zijn conclusie in de *Meo*-zaak lijkt het weinig rationeel voor een onderneming die niet met haar zakelijke gebruikers (in onze context, platformwerkers) concurreert om discriminerende prijzen toe te passen die de concurrentiedruk tussen haar zakelijke gebruikers juist zou verminderen.⁷¹ Niet verticaal geïntegreerde ondernemingen profiteren immers van de concurrentie tussen zakelijke gebruikers onderling. Hoe meer concurrentie er is tussen zakelijke gebruikers, hoe groter de onderhandelingsmacht van de onderneming is ten opzichte van individuele zakelijke gebruikers. Wel gaat het hierbij om vormen van puur uitbuitingsmisbruik waarbij de onderneming met machtspositie er geen enkel belang bij heeft om concurrenten uit te sluiten. Bij bevoordeling tussen platformwerkers onderling kan alsnog een element van uitsluitingsmisbruik aanwezig zijn. Een platform als Uber kan chauffeurs aan zich binden door middel van beloningen, bijvoorbeeld een belofte dat loyale platformwerkers meer winstgevende ritten voorgesteld krijgen, zoals inderdaad in de praktijk lijkt te gebeuren.⁷²

69 Zaak AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, (2018/C-9/07), 27 juni 2017.

70 Persbericht Europese Commissie, 'Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon', 17 juli 2019, beschikbaar via https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-4291_en.htm.

71 Conclusie A-G Wahl 20 december 2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020 (*Meo*), paragraaf 79.

72 En zie het hierboven in voetnoot 68 aangehaalde voorbeeld.

Op deze manier kan Uber het minder aantrekkelijk maken voor chauffeurs om tegelijkertijd actief te zijn op een ander platform en kan het zo de positie van concurrenten verzwakken. Bij zulke praktijken is er ook een element van uitsluitingsgedrag te vinden, waardoor dit soort discriminatie een combinatie vormt van zowel uitbuiting als uitsluiting.

Wat betreft prijsdiscriminatie in de vorm van uitbuiting, heeft het Hof van Justitie duidelijk gemaakt in *Meo* dat het enkele bestaan van een direct nadeel voor een gediscrimineerde marktdeelnemer nog niet betekent dat de mededinging wordt vervalst.⁷³ Hetzelfde zou gelden voor discriminatie op basis van andere parameters, bijvoorbeeld als een bepaalde platformwerker ten opzichte van anderen minder ritten of minder winstgevend ritten krijgt toegewezen door het platform. Voor het vaststellen van misbruik van machtspositie moet de discriminatie leiden tot een 'nadeel bij de mededinging' bij handelspartners (in onze context, platformwerkers). Niet vereist is echter dat 'bewijs wordt geleverd van een daadwerkelijke en kwantificeerbare verslechtering van de mededingingspositie' van de betreffende handelspartner.⁷⁴ Met andere woorden, om bevoordeling tussen platformwerkers als misbruik van machtspositie te kwalificeren ligt het aan te voeren bewijs in tussen, enerzijds, het enkele bestaan van nadeel bij de mededinging voor de gediscrimineerde handelspartner en, anderzijds, een daadwerkelijke aantasting van diens concurrentiepositie op de markt. De keuzes die een platform maakt bij het toewijzen van een platformwerker aan een consument is cruciaal voor hoe winstgevend de activiteiten van individuele platformwerkers zijn, aangezien het platform kan bepalen wie de beste of lucratiefste ritten krijgt. De belangrijkste mogelijkheid voor het platform om te discrimineren tussen platformwerkers onderling is dus om de positie van een platformwerker in zo'n rangschikking aan te passen. Deze vorm van discriminatie is anders dan de zelfbevoordeling door Google waar sprake was van puur uitsluitingsgedrag, waardoor de juridische toets voor discriminatie tussen platformwerkers onderling niet volledig hetzelfde zal zijn.

De mate van controle die platforms hebben over het succes van hun zakelijke gebruikers is een veelbesproken onderwerp in beleidsdiscussies over de toekomst van het mededingingsrecht in het digitale tijdperk. De manier waarop het platform opgezet is, bepaalt hoe platformwerkers en consumenten met elkaar in contact komen. Vanwege de sterke positie van sommige platforms vervangen de algemene voorwaarden die zij opleggen aan hun zakelijke gebruikers en consumenten tot op zekere hoogte de wet zoals bepaald en gehandhaafd door publieke autoriteiten. Zo kan een platform bijvoorbeeld bepaalde zakelijke gebruikers weren die niet zouden voldoen aan de eisen van het platform zoals beschreven in de algemene voorwaarden. Op deze manier gedragen platforms zich als 'regelgevers'⁷⁵ en kunnen zij bepalen wie succesvol is in de markt.

De vraag is hoe en in welke mate het mededingingsrecht een rol kan spelen om mogelijk misbruik van de 'regelgevende macht' van platforms aan te pakken. Problematisch vanuit mededingingsperspectief lijken vooral praktijken die aanzienlijke schade opleveren voor

73 HvJ EU 19 april 2018, C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270 (*Meo*), paragraaf 26.

74 HvJ EU 19 april 2018, C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270 (*Meo*), paragraaf 27.

75 Zoals verwoord in het rapport geschreven door de speciale adviseurs van Eurocommissaris voor de Mededinging Vestager: J. Crémer, Y.-A. de Montjoye & H. Schweitzer, 'Competition policy for the digital era', 2019, p. 60-63.

de concurrentiepositie van bepaalde platformwerkers zonder objectieve rechtvaardiging, omdat het bijvoorbeeld niet terecht was dat de platformwerker in kwestie gediscrimineerd werd ten opzichte van anderen. De mate waarin een platform zich kan beroepen op objectieve redenen om negatieve gevolgen voor de concurrentiepositie van platformwerkers te rechtvaardigen is derhalve de belangrijkste vraag voor toekomstige overwegingen.

Buiten de toepassing van het mededingingsrecht om zijn er ook oproepen tot meer verregaand en regulerend optreden. Zo is in Frankrijk al de invoering van principes als zoek- of platformneutraliteit bepleit, waarbij platforms niet langer zouden mogen discrimineren tussen zakelijke gebruikers, en consumenten een 'neutraal' aanbod zouden moeten doen.⁷⁶ Hoe een dergelijke vorm van neutraliteit eruit zou moeten zien is echter onduidelijk, omdat de selectie die inherent is aan het functioneren van platforms nu eenmaal vereist dat de mogelijkheden in een bepaalde volgorde aan consumenten gepresenteerd worden. Er is niet één manier om tot een 'eerlijke' rangschikking te komen, aangezien de belangen van het platform, de zakelijke gebruikers en consumenten met elkaar verzoend moeten worden. Een platform wil winst maken en consumenten tevreden houden, waardoor het gerechtvaardigd kan zijn zakelijke gebruikers met een hogere kwaliteit van dienst voorrang te geven. Meer duidelijkheid over de grenzen waarbinnen discriminatie tussen platformwerkers onderling misbruik van machtspositie oplevert, zou een belangrijke eerste stap zijn om niet alleen nadelige gevolgen voor de mededinging te voorkomen, maar ook platformwerkers beter te beschermen.

7.3.3 *Uitbuitingsmisbruik: excessieve prijzen en oneerlijke voorwaarden*

Behalve discriminatie zijn er nog andere vormen van mogelijk uitbuitingsmisbruik die relevant zijn voor platformwerkers. Zo verwezen MKB-Nederland en VNO-NCW in hun in de zomer van 2019 gepubliceerde visie op de platformeconomie naar de drempel die het niet kunnen meenemen van belangrijke data, zoals recensies en klantgegevens, voor ondernemers opwerpt bij het switchen tussen platforms.⁷⁷ Een van de andere veelgehoorde aantijgingen is de hoogte van de commissie die platforms opleggen aan zakelijke gebruikers.⁷⁸ Zo ontvangt Uber 25% commissie over elke rit, wat door chauffeurs als onredelijk hoog wordt gezien.⁷⁹ Hoewel het opleggen van excessieve prijzen (hier in de vorm van hoge commissies voor chauffeurs) welbekend is als vorm van uitbuitingsmisbruik in het

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld Franse Conseil National du Numérique, 'Platform Neutrality: Building an open and sustainable digital environment', mei 2014, beschikbaar via https://cnnumerique.fr/files/uploads/2014/06/PlatformNeutrality_VA.pdf, en Franse telecomautoriteit ARCEP, 'Devices, the weak link in achieving an open internet. Report on their limitations and proposals for corrective measures', februari 2018, beschikbaar via https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-terminaux-fev2018-ENG.pdf.

⁷⁷ MKB-Nederland en VNO-NCW, 'De Platformeconomie; hoe laten we het werken?', zomer 2019, p. 5, beschikbaar via https://www.vno-ncw.nl/sites/default/files/brochure_platformeconomie-nl_def.pdf.

⁷⁸ Er is discussie of de Waadi van toepassing is op dergelijke 'arbeidsbemiddelingsdiensten', en zo ja, dan kan er geen commissie worden gevraagd door platforms. Zie bijvoorbeeld Verburg 2019, p. 112-118.

⁷⁹ In maart 2019 protesteerden Uber chauffeurs waarbij ze onder andere een verlaging van de commissie naar 15% eisten. Zie 'Uberchauffeurs eisen omzetgarantie en betere tarieven', *TaxiPro*, 19 maart 2019, beschikbaar via <https://www.taxipro.nl/ondernemen/2019/03/19/uberchauffeurs-eisen-omzetgarantie-en-betere-tarieven/>.

mededingingsrecht, zal het in de praktijk moeilijk zijn vast te stellen of de winstmarge van Uber inderdaad concurrentieverstorend is. Volgens het klassieke *United Brands*-arrest is een prijs excessief als deze 'niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie'.⁸⁰ Het excessieve karakter van een prijs kan volgens het Hof van Justitie worden vastgesteld door de verkoopprijs van het product of de dienst te vergelijken met de kostprijs waardoor de winstmarge duidelijk wordt en vastgesteld kan worden of de prijs onbillijk is, ofwel absoluut gezien, ofwel in vergelijking met concurrerende producten of diensten.⁸¹ In de praktijk lijkt de commissie die platforms als Uber aan platformwerkers opleggen dicht bij elkaar te liggen, waardoor een goede indicator voor het bestaan van een mogelijk excessieve karakter ontbreekt.

Een interessante vraag is of het minimumloon, zoals geldend binnen het arbeidsrecht, gebruikt zou kunnen worden voor het toetsen van de redelijkheid van de commissies.⁸² Een journalist van de *Volkskrant* reed in 2017 een aantal maanden voor Uber en had moeite het wettelijke minimumloonniveau te halen na aftrek van de commissie en alle andere kosten.⁸³ Aangezien het arbeidsrecht het minimumloon zowel wettelijk vastlegt als in (verbindend verklaarde) cao's, en daarmee dus nationaal dan wel sectoraal aanvaard is, lijkt het niet onredelijk dit als indicator te gebruiken wanneer platformwerkers vergelijkbare activiteiten uitvoeren als werknemers over eenzelfde tijdsspanne. Daarmee kan het mededingingsrecht ingezet worden om de sociale bescherming van platformwerkers te waarborgen zolang er geen eenduidige oplossing is voor hun positie onder het arbeidsrecht.

Eenzelfde aanpak om regels uit een ander rechtsgebied te gebruiken als indicator voor uitbuitingsmisbruik in het mededingingsrecht is toegepast door het Duitse Bundeskartellamt in de *Facebook*-zaak. Het Bundeskartellamt concludeerde in februari 2019 dat Facebook misbruik maakte van haar machtspositie door het gebruik van haar sociale netwerk afhankelijk te stellen van instemming door diens eindgebruikers met het samenvoegen in hun Facebook-account van gegevens verzameld via Facebooks andere diensten, waaronder WhatsApp en Instagram, en via diensten van derden. Deze gedragingen maakten volgens het Bundeskartellamt inbreuk op de gegevensbeschermingsregels, namelijk de geldigheid van de toestemming van gebruikers, en leidden daarmee ook tot het bestaan

80 HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), paragraaf 250.

81 HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), paragraaf 251-252.

82 Vermeldenswaardig hier is dat het kabinet in 2021 een wettelijk minimumtarief voor zzp'ers van € 16 per uur wilde invoeren, maar hiervan in juni 2020 is teruggekomen. Zie de voortgangsbrief 'Werken als zelfstandige' van minister Koolmees, Kamerbrief 15 juni 2020, beschikbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/06/15/voortgangsbrief-werken-als-zelfstandige>.

83 J. van Bergeijk, 'Overleven als Uber chauffeur', *Volkskrant*, beschikbaar via <https://www.volkskrant.nl/kijkverder/2017/uber/>. Na een eerste werkweek van 32 uur en 17 minuten had de journalist in kwestie na aftrek van de 25% commissie en btw een omzet gehaald van 493,65 euro. Na aftrek van andere kosten voor benzine, het leasen van de taxi en het lidmaatschap van de taxicoöperatie, bleef hiervan nog 185,12 euro bruto over. Dit komt neer op 5,73 euro bruto per uur, terwijl het bruto minimumloon voor iemand van 22 jaar of ouder bij een werkweek van 36 uur destijds 10,04 euro per uur bedroeg. In een latere werkweek steeg de omzet naar 754,15 euro over een tijdsspanne van 28 uur en 16 minuten, waardoor na onkosten een bruto uurbedrag van 17,68 euro overbleef. Over een periode van meerdere weken kwam de journalist in de laatste maand echter weer uit op een bedrag van 10,57 euro per uur, net boven het minimumloon.

van uitbuitingsmisbruik onder het Duitse mededingingsrecht vanwege het opleggen van oneerlijke voorwaarden.⁸⁴ De beslissing van het Bundeskartellamt bleef echter niet zonder kritiek en is in kort geding door de rechter in Düsseldorf in augustus 2019 vernietigd vanwege het ontbreken van overtuigend bewijs wat het competitieve niveau van gegevensbescherming op de markt zou zijn geweest zonder de praktijken van Facebook.⁸⁵ In juni 2020 schaarde het Bundesgerichtshof zich achter het Bundeskartellamt en vernietigde in kort geding de uitspraak van de rechter in Düsseldorf weer.⁸⁶

Wat de uitkomst uiteindelijk ook zal zijn, de Duitse *Facebook*-zaak laat zien dat het vaststellen van uitbuitingsmisbruik op basis van indicatoren uit andere rechtsgebieden niet gemakkelijk is. Ook moet het geenszins de bedoeling zijn dat het mededingingsrecht te pas en te onpas wordt ingezet wanneer andere rechtsgebieden tekortschieten. Als de grens tussen rechtsgebieden echter vervaagt door commercieel gedrag dat aan meerdere regimes reikt, stelt zich de vraag in hoeverre een meer proactieve toepassing en handhaving van de mededingingsregels wenselijk is als publieke belangen, waaronder ook de sociale bescherming van platformwerkers, steeds meer verweven raken met vragen over de economische efficiëntie van de markt.⁸⁷

7.3.4 Afhankelijkheid van platformwerkers en de Platform-to-Business-Verordening

Als aanvulling op het misbruikverbod in het mededingingsrecht, heeft de Europese wetgever in juni 2019 de Platform-to-Business-Verordening (P2B-Verordening)⁸⁸ aangenomen die tot doel heeft de billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van online tussenhandelsdiensten te bevorderen. De verordening beschermt zakelijke gebruikers die in toenemende mate afhankelijk zijn van online platforms om consumenten te kunnen bereiken. Door die afhankelijkheid krijgen aanbieders van online tussenhandelsdiensten een sterkere onderhandelingspositie ten opzichte van zakelijke gebruikers waardoor zij zich kunnen gedragen op een manier die oneerlijk en schadelijk kan zijn voor de belangen

84 Decision of the Bundeskartellamt in Case B6-22/16 (*Facebook*) – exploitative business terms, 6 februari 2019, beschikbaar via https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5. Zie ook het persbericht 'Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources', 7 februari 2019, beschikbaar via https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

85 Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-Kart 1/19 (V) (*Facebook v. Bundeskartellamt*), 26 augustus 2019, beschikbaar via http://www.olgduesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse_aktuell/20190826_PM_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-_V_.pdf. Voor een aantal verschillende perspectieven, zie de bijdragen in CPI EU News, 'FCO Facebook Quadriptych', maart 2019, beschikbaar via <https://www.competitionpolicyinternational.com/cpi-eu-news-fco-facebook-quadriptych/>.

86 Bundesgerichtshof, KVR 69/19 (*Facebook v. Bundeskartellamt*), 23 juni 2020, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0, beschikbaar via <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=bedd4af3c9d89a4dcaa64fc-85d244e9e&nr=109506&pos=0&anz=107>.

87 In de context van de wisselwerking met consumenten- en gegevensbeschermingsrecht, zie Graef 2018, p. 121-151.

88 Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten ('P2B-Verordening') *PbEU* 2019, L 186/57.

van zakelijke gebruikers en indirect ook van consumenten.⁸⁹ Om dit soort praktijken tegen te gaan, legt de verordening een aantal verplichtingen op aan aanbieders van online tussenhandelsdiensten die losstaan van de mededingingsregels.⁹⁰ Hoewel de naam van de P2B-Verordening ook verwijst naar billijkheid, zien de meeste bepalingen op het creëren van meer transparantie.

Transparantie voor zakelijke gebruikers is met name vereist met betrekking tot de belangrijkste parameters die de rangschikking bepalen (art. 5), tot de vraag of platforms een gedifferentieerde behandeling toepassen (art. 7) en tot de mate van toegang tot gegevens (art. 9). De verordening verbiedt echter geen praktijken en schrijft platforms ook geen gedrag voor met betrekking tot deze kwesties. Een paar situaties, waar zakelijke gebruikers meer bescherming krijgen, zijn vermeldenswaardig: Art. 3 lid 2 voorziet in een opzegtermijn van ten minste vijftien dagen voordat het platform wijzigingen in de algemene voorwaarden kan doorvoeren. Art. 4 vereist dat een platform een zakelijke gebruiker een motivering verstrekt bij het beperken, opschorten en beëindigen van zijn dienstverlening en de zakelijke gebruiker de gelegenheid biedt om de feiten en omstandigheden te verduidelijken in het kader van de interne klachtenbehandeling, die art. 11 verplicht stelt met uitzondering van kleine ondernemingen/platforms.

Deze 'light-touch'-benadering lijkt erop te zijn gericht om meer informatie over de sector te verzamelen en na te gaan of mogelijke oneerlijke praktijken blijven bestaan – zelfs als deze zichtbaarder worden door de nieuwe transparantieverplichtingen. De P2B-Verordening houdt uitdrukkelijk de mogelijkheid open voor verdere maatregelen, waaronder van wetgevende aard, als de huidige bepalingen niet toereikend blijken om 'aanhoudende onevenwichtigheden en oneerlijke handelspraktijken in de sector' aan te pakken.⁹¹

Hoewel het probleem van afhankelijkheid en onevenwichtige onderhandelingsposities ook speelt bij platformwerkers, is niet helemaal duidelijk in hoeverre zij binnen het toepassingsgebied vallen. De P2B-Verordening biedt bescherming aan zakelijke gebruikers, gedefinieerd als 'elke natuurlijke persoon die in een commerciële of professionele hoedanigheid optreedt of elke rechtspersoon, die via onlinetussenhandelsdiensten goederen of diensten aan consumenten aanbiedt voor doeleinden die verband houden met zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit'.⁹² Hieruit volgt dat particuliere chauffeurs of bezorgers niet altijd binnen het toepassingsgebied vallen. De P2B-Verordening geldt alleen als de activiteit wordt uitgevoerd op professionele basis, waardoor professionele gebruikers van platforms onder bepaalde voorwaarden binnen het toepassingsgebied

89 Overweging 2 P2B-Verordening.

90 Zie art. 1 lid 5 P2B-Verordening.

91 Overweging 49 P2B-Verordening.

92 Art. 1 lid 2 P2B-Verordening.

vallen.⁹³ Niet-professionele gebruikers van platforms vallen in plaats daarvan onder het consumentenrecht.⁹⁴

Ook is het begrip 'online tussenhandelsdienst' cruciaal om te bepalen voor welke diensten de verplichtingen gelden. Om als online tussenhandelsdienst te kwalificeren moet een dienst aan drie voorwaarden voldoen, namelijk: (i) een dienst van de informatiemaatschappij vormen in de zin van Richtlijn 2015/1355; (ii) zakelijke gebruikers de mogelijkheid geven om goederen en diensten aan te bieden aan consumenten, met het oog op het faciliteren van het initiëren van directe transacties tussen die zakelijke gebruikers en consumenten; en (iii) aan zakelijke gebruikers geleverd worden op basis van contractverhoudingen tussen de aanbieder van dergelijke diensten en zakelijke gebruikers die goederen of diensten aanbieden aan consumenten.⁹⁵ Wat betreft de platforms waarin wij voor dit boekhoofdstuk geïnteresseerd zijn, is vooral de vraag of aan de eerste voorwaarde is voldaan: met andere woorden: zijn Deliveroo en Uber diensten van de informatiemaatschappij?

Richtlijn 2015/1355 definieert een dienst van de informatiemaatschappij als een dienst 'die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht'.⁹⁶ Op het eerste gezicht lijkt deze definitie de activiteiten van platforms te omvatten die inderdaad op afstand en tegen betaling als tussenpersoon optreden tussen bedrijven en consumenten. Probleem is dat het Hof van Justitie sommige online tussenhandelsdiensten heeft uitgesloten van de definitie van dienst van de informatiemaatschappij. In zaken zoals *Elite Taxi* en *Uber France* heeft het Hof van Justitie bepaald dat een bemiddelingsdienst, zoals aangeboden door Uber, waarmee particuliere, niet-professionele chauffeurs die hun eigen voertuig gebruiken via een smartphoneapp tegen betaling in contact worden gebracht met klanten, niet als dienst van de informatiemaatschappij kan worden beschouwd, maar dient te worden gekwalificeerd als vervoersdienst.⁹⁷ Volgens het Hof van Justitie creëert Uber als aanbieder van de bemiddelingsdienst namelijk een aanbod van vervoersdiensten dat anders niet bestaan zou hebben. Tegelijkertijd oefent Uber een beslissende invloed uit over de dienstverrichtingsvoorwaarden door onder andere de maximumprijs van de rit vast te stellen, de prijs te innen bij de klant vooraleer een deel terug te storten aan de betreffende chauffeur en controle uit te oefenen op de kwaliteit van de voertuigen, de chauffeurs en hun gedrag.⁹⁸ In de *Airbnb*-uitspraak uit december 2019 heeft het Hof de grens tussen het leveren van een informatiedienst en het leveren van een dienst in de betreffende markt verscherpt. In

93 Overweging 2 P2B-Verordening verwijst naar 'met name kleine, middelgrote en micro-ondernemingen'.

94 Zie P. van Cleynebreugel, 'Will Deliveroo and Uber be captured by the proposed EU platform Regulation? You'd better watch out...', *European Law blog*, 12 maart 2019, beschikbaar via <https://europeanlawblog.eu/2019/03/12/will-deliveroo-and-uber-be-captured-by-the-proposed-eu-platform-regulation-you-d-better-watch-out/>.

95 Art. 2 lid 2 P2B-Verordening.

96 Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (*PbEU* 2015, L 241/1), art. 1 lid 1 onder b.

97 HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Elite Taxi*), paragraaf 48; HvJ EU 10 april 2018, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221 (*Uber France*), paragraaf 27.

98 HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Elite Taxi*), paragraaf 39; HvJ EU 10 april 2018, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221 (*Uber France*), paragraaf 21.

tegenstelling tot zijn conclusie wat betreft Uber achtte het Hof het platform Airbnb geen noodzakelijk kanaal voor het uitoefenen van de verhuurdienst. Bovendien stelde Airbnb geen prijzen vast en oefende het platform slechts minimaal invloed uit. Zodoende bepaalde het Hof dat Airbnb wel aangemerkt moeten worden als een informatiedienst en niet als accommodatiedienst,⁹⁹ waardoor het ook duidelijk is dat zakelijke gebruikers van Airbnb onder het toepassingsgebied van de P2B-Verordening vallen.

Wat betreft Uber is het de vraag of de uitkomst in de *Elite Taxi* en *Uber France*-zaken, die alleen zag op niet-professionele chauffeurs, ook geldt voor professionele chauffeurs van Uber die anders binnen het toepassingsgebied zouden vallen.¹⁰⁰ De Europese Commissie besteedt aandacht aan deze vraag in haar Staff Working Document dat tegelijk is gepubliceerd met het originele wetsvoorstel in april 2018, waarin zij stelt dat de redenering in het *Uber France*-arrest geen invloed heeft op het begrip 'online tussenhandelsdienst' zoals gebruikt in de P2B-Verordening. Volgens de Commissie ziet dat arrest op een specifiek type dienst van Uber dat niet langer als online tussenhandelsdienst kwalificeert, maar heeft dit geen gevolgen voor andere bemiddelingsdiensten die Uber aanbiedt.¹⁰¹ Met andere woorden, professionele chauffeurs vallen volgens de Commissie gewoon onder het toepassingsgebied. Deze interpretatie is ook de meest wenselijke vanuit het oogpunt van de sociale bescherming van platformwerkers. Het is moeilijk te rechtvaardigen dat chauffeurs van Uber en misschien ook zelfs andere platformwerkers die diensten verlenen gerelateerd aan vervoer waardoor zij buiten de definitie van een dienst van de informatiemaatschappij vallen, niet gebruik zouden kunnen maken van de bepalingen van de P2B-Verordening die juist de afhankelijkheid van zakelijke gebruikers in de gehele online platformeconomie wil aanpakken. Het is daarom aan te raden voor lidstaten die de handhaving moeten verzekeren¹⁰² het toepassingsgebied zo te interpreteren dat platformwerkers die in een professionele status werken ook profiteren van de opgelegde transparantieverplichtingen. Op deze manier kan de P2B-Verordening extra bescherming bieden naast het mededingingsrecht.

7.4 Conclusie

Wat betreft de centrale vraag voor dit hoofdstuk of het mededingingsrecht een vloek dan wel een zegen is voor de sociale bescherming van platformwerkers, kunnen we concluderen dat elementen van beide opvattingen aanwezig zijn. Dit geldt vooral bij de toepassing van art. 101 VWEU, dat een duaal karakter heeft voor de bescherming van platformwerkers.

99 HvJ EU 19 december 2019, C-390/18, ECLI:EU:2019:1112 (*Airbnb Ireland*), paragraaf 55-57.

100 Voor een analyse die stelt dat platforms als Uber en Deliveroo buiten het toepassingsgebied van de Verordening vallen, zie P. van Cleynenbreugel, 'Will Deliveroo and Uber be captured by the proposed EU platform Regulation? You'd better watch out...', *European Law blog*, 12 maart 2019, beschikbaar via <https://europeanlawblog.eu/2019/03/12/will-deliveroo-and-uber-be-captured-by-the-proposed-eu-platform-regulation-you-d-better-watch-out/>.

101 Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Annexes Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, SWD(2018) 138 final, part 2/2, 26 april 2018, p. 15.

102 Art. 15 P2B-Verordening.

Het kartelverbod kan een 'obstakel' voor de bescherming van platformwerkers vormen, omdat platformwerkers die collectief willen onderhandelen over hun arbeidspositie zich binnen de werkingssfeer van art. 101 VWEU bevinden en daarmee – in principe – blootgesteld zijn aan mogelijke mededingingsaansprakelijkheid. De uitspraken van het Hof omtrent dit onderwerp geven platformwerkers slechts beperkte zekerheid en bescherming tegen platforms, en daarnaast zijn er nog geen richtsnoeren op Europees niveau die de platformwerkers handvatten bieden. Het is echter duidelijk dat zowel op Europees niveau (in de vorm van uitspraken van Eurocommissaris Vestager) als op lidstaatniveau (in Nederland in de vorm van de *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers*) begrip is voor de wens van platformwerkers om collectief te onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden. Wel blijkt uit de Nederlandse *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers* en de conclusie van advocaat-generaal Wahl in *FNV KIEM* dat deze collectieve overeenkomsten moeten dienen om een minimumniveau van bescherming te creëren en hier niet bovenuit mogen gaan. Het verdient aanbeveling om op Europees niveau de rechtszekerheid van de platformwerker te verbeteren, door duidelijke kaders of groepsvrijstellingen in te stellen die de synergie tussen het mededingingsrecht en arbeidsrecht verbeteren.

Tegelijkertijd biedt het mededingingsrecht mogelijkheden om platformwerkers te beschermen tegen de druk die platforms kunnen uitoefenen. De platforms genieten een asymmetrische onderhandelingspositie ten opzichte van de zwakkere platformwerker, waaraan het mededingingsrecht grenzen kan stellen. Door het verbod op prijscoördinatie in art. 101 VWEU zou in bepaalde omstandigheden via het mededingingsrecht kunnen worden afgedwongen dat platforms zich beperken tot het faciliteren van contact tussen de ondernemers en consumenten zonder hierbij centraal prijzen op te leggen. Synergie tussen het arbeids- en mededingingsrecht kan bereikt worden door platforms voor de keuze te stellen om: (a) veel gezag uit te oefenen en de platformwerker aan te merken als werknemer of (b) minder gezag uit te oefenen, maar geen centrale prijzen te stellen om mededingingsaansprakelijkheid te voorkomen waar dit anders tot schending van art. 101 VWEU zou leiden.

Daarnaast kan art. 102 VWEU platformwerkers bescherming bieden tegen gedragingen die misbruik van economische machtspositie opleveren. Noodzakelijke voorwaarde is dat het betreffende platform over zo'n machtspositie beschikt, wat afhangt van hoe mededingingsautoriteiten de relevante markt afbakenen. Verschillende vormen van uitsluitings- en/of uitbuitingsmisbruik zijn denkbaar, waarbij excessieve prijzen voor de opgelegde commissies en discriminatie tussen platformwerkers onderling de meest relevante lijken. Of art. 102 VWEU daadwerkelijk wordt ingezet om de sociale bescherming van platformwerkers te bevorderen, hangt af van de houding van de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten tegenover de doelen van mededingingshandhaving. Hoewel haar bepalingen vooral zien op transparantie, zal de nieuwe P2B-Verordening platformwerkers daarnaast ook helpen – mits ze niet buiten het toepassingsgebied worden gelaten.

Het mededingingsrecht heeft zeker een rol te spelen door te voorkomen dat het in de weg staat aan een betere bescherming van platformwerkers (door collectief onderhandelen onder bepaalde voorwaarden mogelijk te maken onder art. 101 VWEU), maar het is de vraag in hoeverre de mededingingsregels ingezet kunnen en zouden moeten worden om

bescherming te bieden (door oneerlijke voorwaarden als uitbuitingsmisbruik onder art. 102 VWEU aan te merken), die platformwerkers nu missen wegens de inflexibiliteit van het huidige arbeidsrecht. Los van het antwoord op deze meer politieke of beleidsvraag, laat dit hoofdstuk zien dat er ruimte is voor synergie tussen de twee rechtsgebieden door de mededingingsregels te interpreteren op een manier die ook belangen gerelateerd aan sociale bescherming bevorderen. Een betere afstemming van het mededingingsrecht met de doelen van het arbeidsrecht is zowel wenselijk als mogelijk, teneinde de positie van de platformwerker, die nu nog te veel tussen wal en schip valt, te versterken.

Algoritmes en personeelsselectie

Willemijn Roozendaal & Marko Jovović¹

8.1 Inleiding

‘Slimme algoritmes’ worden steeds vaker ingezet voor het nemen van maatschappelijk relevante beslissingen.² Zo zetten werkplatforms systemen in om werk of diensten te verdelen, de prijs van een dienst te bepalen³ of fraude te detecteren en het account van een platformwerker te blokkeren. Dit laatste is inmiddels onderwerp van een bij de Rechtbank Amsterdam aanhangige procedure op grond van de AVG tussen Britse Uber-chauffeurs en Uber.⁴ In een andere procedure hebben Uber-chauffeurs aanspraak gemaakt op verstrekking van persoonsgegevens en de logica van de algoritmes van Uber.⁵ Ook traditionele bedrijven werken steeds vaker met *HR analytics*.⁶

De aantrekkingskracht van geautomatiseerde systemen is dat zij sommige taken beter en sneller kunnen uitvoeren dan menselijke experts. Zo kunnen zij veel sneller en zonder aanzien des persoons grote hoeveelheden data verwerken. Als dat tot ‘eerlijkere’ beslissingen leidt, zodat Mohamed bijvoorbeeld even vaak wordt uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek als Mark,⁷ of dat meer vrouwelijke managers worden aangesteld,⁸ zou dat voor zowel werkgevers als werkzoekenden een welkome stap op weg naar een inclusieve arbeidsmarkt zijn.⁹ Uit een recent rapport van het Sociaal-Cultureel Planbureau blijkt namelijk dat discriminatie bij selectie van personeel vaak voorkomt, met name op afkomst.¹⁰

1 Marko Jovović is advocaat bij Stibbe en staat in die hoedanigheid verschillende online platforms bij.

2 Zie Pasquale 2015, p. 4-5 en 34-35; bijvoorbeeld het (gesneuvelde) PAS system inzake stikstofverhogende activiteiten, zie ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck.

3 Kullmann-Klocke 2019, p. 50-56.

4 Verzoekschrift is online beschikbaar via <https://ekker.legal/wp-content/uploads/2020/10/Verzoekschrift-Uber-deactivering-account.pdf> (laatstelijk geraadpleegd op 11 november 2020).

5 Verzoekschrift is online beschikbaar via <https://ekker.legal/wp-content/uploads/2020/07/Verzoekschrift-Uber-art.-35-UAVG-200720.pdf> (laatstelijk geraadpleegd op 11 november 2020).

6 Roozendaal 2018; Jovović 2018; TNO 2018.

7 Ontleend aan SCP 2019.

8 M. de Ruiter, ‘Bij Unilever is de helft van alle managers vrouw dankzij kunstmatige intelligentie’, *Volkskrant* 4 maart 2020 <<https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/bij-unilever-is-de-helft-van-alle-managers-vrouw-dankzij-kunstmatige-intelligentie-b8535708/>>.

9 Zie o.a. Sandvig 2015.

10 SCP 2019.

Hoewel algoritmische besluitvorming kansen biedt voor het tegengaan van arbeidsmarktdiscriminatie, leidt het niet automatisch tot eerlijkere besluitvorming.¹¹ Experts waarschuwen dat geautomatiseerde besluitvorming bestaande vooroordelen en discriminatie juist dreigen te bestendigen.¹² Het gebruik van algoritmes in de arbeidsrelatie wordt daarbij vaak genoemd als voorbeeld.¹³ Naast het bezwaar van discriminatie, zijn er zorgen over de gevolgen voor privacy van betrokkenen bij het gebruiken van grote hoeveelheden data. Deze problemen worden alom onderzocht en in kaart gebracht door denktanks en overheden.¹⁴ Het lijkt waarschijnlijk dat meer regulering op komst is. In afwachting daarvan rijst reeds de vraag welke normen thans het gebruik van algoritmes reguleren.

In dit hoofdstuk betrekken wij deze vraag op selectie van werknemers. Hieronder verstaan wij de selectie in de reguliere sollicitatieprocedure, maar ook de toegang tot werk voor platformwerkers. Dit onderwerp is temeer relevant, omdat de Minister van Sociale Zaken in het kader van het Actieplan Arbeidsmarktdiscriminatie in oktober 2019 een conceptwetsvoorstel aan de Raad van State heeft aangeboden dat, indien aangenomen, werkgevers zou verplichten een werkwijze op te stellen om discriminatie bij werving en selectie te voorkomen, terwijl uitzendbureaus en arbeidsbemiddelaars een werkwijze zouden moeten opstellen om arbeidsmarktdiscriminatie bij respectievelijk de terbeschikkingstelling en de arbeidsbemiddeling te voorkomen. Dit betekent ook dat werkplatforms die moeten worden gekwalificeerd als werkgever, uitzendbureau of arbeidsbemiddelaar aan deze norm zouden moeten voldoen. Bovendien moet men, als gebruik wordt gemaakt van een geautomatiseerd systeem, zich ervan vergewissen dat de uitkomsten, voor zover redelijkerwijs te beoordelen, geen arbeidsmarktdiscriminatie met zich brengen.¹⁵ Dit brengt ons tot de volgende probleemstelling. Als een werkgever een selectieprocedure wil opzetten met behulp van *machine learning* algoritmes, en deze procedure moet technisch zo ontworpen zijn dat hij aan de relevante juridische normen voldoet ('*compliant by design*'), waar heeft de werkgever zich dan aan te houden?

In het navolgende bakenen wij eerst een aantal relevante begrippen af en geven we een toelichting op het verschijnsel '*machine learning* algoritmes' (par. 8.2). Daarna gaan wij na welke grenzen het recht op gelijke behandeling, respectievelijk het gegevensverwerkingsrecht stellen aan het gebruik van deze algoritmes (par. 8.3 en 8.4). In paragraaf 8.5 exploreren wij welke meerwaarde algoritmes zouden kunnen hebben, en welke maatregelen genomen zouden kunnen worden om de meerwaarde te kunnen benutten bij

11 Zie recent CRM 2020.

12 Bijvoorbeeld O'Neil 2016.

13 O.a. Žliobaitė & Custers 2016; Raad van Europa (Zuiderveen Borgesius) 2018; Schermer, Van Ham & Falkena 2020.

14 Een zeer beperkte greep: White House 2016; De Stefano 2018; AlgorithmWatch 2019; Raad van Europa (Schulz) 2018; Raad van Europa (Zuiderveen Borgesius) 2018. Zie ook de brief van minister Ollongren, Strategisch Actieplan AI, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 26643, 642.

15 Voorstel tot Wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs in verband met de invoering van de verplichting om over een werkwijze te beschikken die gericht is op voorkoming van discriminatie in het proces van werving en selectie en het toezicht daarop (Wet toezicht discriminatievrije werving en selectie), te vinden op internetconsultatie.nl.

selectie van personeel, tegen de achtergrond van het recht op gelijke behandeling en het gegevensverwerkingsrecht. Paragraaf 8.6 bevat de conclusie.

Tot slot nog het volgende. Het onderwerp ‘algoritmes bij personeelsselectie’ is breed en er valt (heel) veel over te zeggen. Daarvoor is niet alleen gedegen kennis van het recht vereist, maar ook inzicht in de werking van geautomatiseerde systemen. Wij hebben discussies in de datawetenschap bestudeerd door ons breed in te lezen, relevante congressen te bezoeken en experts te spreken. Maar we zijn per slot van rekening juristen en geen datawetenschappers. Daarom zien wij dit hoofdstuk als een voorzichtige verkenning van een juridische analyse van het gebruik van *machine learning* bij personeelsselectie. We houden uitdrukkelijk rekening met de mogelijkheid dat anders gedacht kan – en wellicht: moet – worden over hetgeen wij bespreken, maar hopen dat we de juridische discussie in Nederland hiermee (verder) op gang kunnen brengen. Het onderwerp is te belangrijk om enkel aan datawetenschappers over te laten.

8.2 Enkele begrippen: algoritmes, machine learning

Alvorens op de toepasselijke normen in te gaan, is het van belang eerst enige verduidelijking te bieden over de relevante termen, zoals ‘algoritmes’ of ‘machine learning’. Wij richten ons hieronder op de hoofdlijnen, onder verwijzing naar meer uitgebreide introducties in de literatuur.¹⁶

8.2.1 Inleiding aan de hand van een voorbeeld

Algoritmes werden al in de tijd van de oude Grieken gebruikt¹⁷ en zijn in feite niet meer dan stappenplannen om van een hoeveelheid informatie (de input) naar een bepaalde uitkomst (de output) te gaan (‘als X, dan Y’). De in de inleiding geschetste maatschappelijke discussie heeft met name betrekking op ‘artificiële intelligentie’, een term waar verschillende soorten algoritmes onder vallen. Wij richten ons hierna op één subtype daarvan, machine learning algoritmes (hierna ook wel: ML-algoritmes). Deze algoritmes kunnen overweg met immense hoeveelheden data.¹⁸ Deze worden als input gebruikt om algoritmes te ‘trainen’ om tot een beslisregel te komen, ook wel de decision function genoemd. Er is doorgaans niet één algoritme, maar (minstens) twee: een ‘trainer’ en een ‘beslisser’.¹⁹ Het systeem heeft als het ware een ‘leerfase’ en een ‘handelingsfase’. Het trainingsalgoritme wordt in de leerfase ingezet om een model van de data te construeren, het beslisalgoritme. Ter illustratie geven wij een voorbeeld inzake selectie van personeel.²⁰

De eerste stap is het samenstellen van een dataset. Daarin kunnen bijvoorbeeld worden opgenomen persoonlijke gegevens van bestaande werknemers met een bepaalde functie

16 Zie Schermer, Van Ham & Falkena 2020 of Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018; Barocas, Hardt & Narayanan 2019.

17 Cooke 2005, p. 92 e.v.

18 Er wordt ook wel gesproken van ‘big data’, vgl. Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018.

19 Ontleend aan Kleinberg, Ludwig, Mullainathan & Sunstein 2018.

20 Idem. In het voorbeeld gaan we uit van supervised learning (zie hierna).

(hierna: functionarissen), zoals cv, postcode, prestaties, socialmediagebruik,²¹ video-opnames²² en e-mailbestanden,²³ alsmede daaraan te koppelen onpersoonlijker datasets, zoals marktcijfers per postcodegebied en arbeidsmarktcijfers per opleiding. Het doel van het gebruik van de dataset is om een model te maken van de eigenschappen van succesvolle functionarissen.

De tweede stap is daarom om gekwantificeerde of kwantificeerbare indicatoren van succes in de dataset aan te wijzen (de doelvariabelen of outputvariabelen), bijvoorbeeld prestaties, klantenwaardering of verkoopcijfers.

Bij de derde stap komt het trainingsalgoritme in beeld. Het doel van het trainingsalgoritme is om tot een functie te komen die optimaal²⁴ de relatie van de afhankelijke variabelen (of inputvariabelen) met de aangewezen doelvariabelen (of outputvariabelen) omschrijft.

De vierde stap is het vaststellen van een formule met een samenvatting van deze samenhang. Dit wordt ook wel aangeduid als 'het beslialgoritme', 'de beslisser' of 'het model'. Opgemerkt zij dat het model niet per se leidt tot een geautomatiseerde beslissing. De uitkomst kan ook slechts gebruikt worden als input voor een menselijke beslissing. De uitkomst van het model zou in ons voorbeeld kunnen bestaan uit de inschatting van de kans dat een nieuw geval (de sollicitant of de nieuwe platformwerker) lijkt op een bekend succesvol geval ('*is dit een high potential?*'), het toekennen van een risicoscore ('*deze werker zal met 90% zekerheid >15 uur per week gaan werken*') of de indeling van een nieuw geval in een bepaalde categorie ('*platformwerker X is aantrekkelijk voor postcodegebied Y*'). De effectiviteit van het model kan getest worden (gevalideerd worden) door inputgegevens van tot dan toe buiten het model gehouden functionarissen waarvan de output bekend is, in te voeren om te zien of deze output adequaat voorspeld wordt door het model.

Als het model gemaakt is, is de laatste stap om de door nieuwe kandidaten aangeleverde persoonlijke datasets in te voeren in het model. Afhankelijk van hoe het model is ontworpen, geeft deze als gezegd een bepaalde uitkomst per kandidaat.

8.2.2 De complexiteit van ML-algoritmes

Het werken met grote hoeveelheden data voor bijvoorbeeld statistieken is uiteraard geen recent fenomeen. ML-algoritmes gebruiken statistische en wiskundige methoden echter om tegelijkertijd grote aantallen verbanden tussen tientallen of zelfs honderden variabelen te kunnen analyseren, en zo zeer complexe non-lineaire verbanden te leggen en zo nauwkeurig mogelijke voorspellingen te doen. Veelal wordt in verschillende stappen samenhang tussen data gecomprimeerd (samengevat). Daardoor wordt de berekening steeds abstracter, complexer en voor mensen minder goed te begrijpen.

21 Zie o.a. Kim 2017, p. 857 e.v. of Žliobaitė & Custers 2016, p. 183-201.

22 Raghavan, Barocas, Kleinberg & Levy 2019.

23 AlgorithmWatch 2019.

24 'Optimaal' wil in deze context zeggen: zo nauwkeurig mogelijk voor alle bekende gevallen, zonder dat het zo op de bekende gevallen toegesneden is, dat het alleen werkt voor bekende gevallen. Er zijn statistische methoden om te bepalen wat optimaal is.

Er zijn meer en minder transparante (voor mensen goed te begrijpen) ML-algoritmes. Hoewel hierover discussie bestaat, wordt vaak gezegd: hoe transparanter het algoritme, hoe minder nauwkeurig (in de zin van: precies) de voorspellingen.²⁵

Omdat het uiteindelijke beslisalgoritme vooral bij de best presterende ML-algoritmes vaak zeer abstract is, kan veelal niet meer in gewone bewoordingen worden uitgelegd op welke manier de inputvariabelen precies samenhangen met de outputvariabelen. Zelfs als alle elementen van het algoritme en alle verbanden wel volledig transparant zouden zijn, zou het systeem voor mensen niet te bevatten zijn door de grote complexiteit daarvan, bijvoorbeeld omdat ML-algoritmes een groot deel van hun kracht ontleen aan het leggen van non-lineaire verbanden.²⁶ Veel algoritmes²⁷ gebruiken bovendien slechts correlaties en houden zich niet bezig met causale verbanden. Ook dat maakt een bevredigende uitleg voor een uitkomst van het model soms lastig.

Ter illustratie van het gebrek aan transparantie geven wij een ruw voorbeeld van een deel van een verklaring voor een beslissing in een concreet geval:

“U wordt niet opgeroepen voor de platformklus omdat u momenteel € 24,50 per uur verdient. Bij € 22,00 of € 25,00 per uur had het in samenhang met uw andere eigenschappen anders gelegen.”

Deze uitleg roept dan vanzelf de diepere vraag op waarom € 22,00 of € 25,00 wel goed zou zijn geweest. Dit kan veelal niet op basis van het model worden beantwoord.²⁸ Toch kan het algoritme succesvol zijn in het bereiken van zijn doel, in dit voorbeeld het efficiënt toedelen van klussen. Anderzijds moet onderkend worden dat de techniek van het leggen van onverwachte verbanden in het verleden ongerijmde resultaten heeft opgeleverd. Er zijn allerlei voorbeelden bekend van door de computer gelegde absurde verbanden die door toevalligheden veroorzaakt waren.²⁹

Het gebrek aan transparantie wordt ook wel aangeduid met de term ‘*black box*’.³⁰ Die term kan ook slaan op systemen waarvan de werking expres geheim wordt gehouden, bijvoorbeeld om intellectuele eigendom te beschermen of misbruik tegen te gaan.³¹ In alle gevallen is verminderde transparantie juridisch relevant, omdat motiveringsverplichtingen daardoor niet of minder goed kunnen worden nagekomen. Uiteraard zijn er verschillen qua transparantie en inzichtelijkheid van algoritmische besluitvorming. Bij zogeheten *supervised machine learning* zal het beslisalgoritme bijvoorbeeld doorgaans ontwikkeld

25 Zie bijvoorbeeld Rudin 2019, p. 2-3.

26 Vgl. Molnar 2020.

27 Zie voor recent werk over ML-algoritmes die wel rekening houden met causale verbanden o.a. Helwegen, Louizos & Forré 2020.

28 Edwards & Veale 2017, p. 54 e.v., met name p. 57.

29 Zo baseerde een algoritme dat honden van wolven moest onderscheiden zijn beslissingen dat een wolf een wolf was uitsluitend op de aanwezigheid van sneeuw in de foto, zie: Guidotti, Monreale, Ruggieri, Turini, Giannotti & Pedreschi 2018.

30 Rudin 2019, p. 206-215; *Kamerstukken II* 2018/19, 26643, nr. 570 (brief van de Minister van Rechtsbescherming, 9 oktober 2018); Vetzo & Gerards 2019, p. 12; Kleinberg, Ludwig, Mullainathan & Sunstein 2018, p. 114, onder verwijzing naar technische literatuur.

31 Zie voor de Amerikaanse context bijvoorbeeld Kumar, O'Brien, Albert & Vilojen 2018, p. 3.

worden op basis van een voorafgaande hypothese van de databewerkers, terwijl bij *data mining* of *unsupervised learning* juist gezocht wordt naar onbekende en onvermoede verbanden. Het is moeilijk om in het algemeen uitspraken te doen over de mate waarin het gebruik van deze methodes gerechtvaardigd kan zijn, omdat er veel verschillende technische mogelijkheden zijn waarvan wij hier slechts een zeer oppervlakkige indruk hebben gegeven.

De centrale vraag voor dit hoofdstuk is dus, als gezegd, hoe het (Nederlandse) recht de keuzes normeert van de werkgever die gebruikmaakt van algoritmes bij de vormgeving van een selectieprocedure (hierna ook aan te duiden als: datagedreven personeelsselectie). Om de omvang van deze bijdrage enigszins te beperken, passen wij het recht toe op het hiervoor besproken voorbeeld van datagedreven personeelsselectie. In dit voorbeeld is als gezegd sprake van *supervised machine learning*. Bekend zal zijn dat er bijna geen regels in het Nederlandse arbeidsrecht zijn die specifiek zien op personeelsselectie.³² Het wordt wel indirect gereguleerd in gelijkebehandelingswetgeving.

8.3 Gelijke behandeling

8.3.1 Inleiding

We brengen hieronder eerst in kaart wat we precies weten over gelijke behandeling bij personeelsselectie (par. 8.3.2). Dan besteden we in paragraaf 8.3.3 aandacht aan de problemen die in dit rechtsgebied worden veroorzaakt door onduidelijke selectiecriteria. Ten slotte wordt dit toegepast op ML-algoritmes (par. 8.3.4 en 8.3.5).

8.3.2 Direct en indirect onderscheid bij personeelsselectie

Direct onderscheid

Wie kandidaten gelijk wil behandelen, moet uitsluiten dat de selectie plaatsvindt op grond van bepaalde verboden kenmerken. Vooropgesteld wordt dat geen enkele werkgever kandidaten zal selecteren op grond van een enkel kenmerk (zoals geslacht). Er zal altijd sprake zijn van een samenstel van kenmerken, zoals opleiding, ervaring en vaardigheden. De werkgever kiest welke kenmerken relevant zijn en hoe zwaar ze wegen. Dit samenstel van relevante kenmerken en het daaraan te hangen 'gewicht' duiden wij hierna aan als 'afwegingskader'.

Directe discriminatie bij selectie is in beginsel verboden. Naar huidig recht betreft dit verbod in ieder geval de gronden godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, chronische ziekte

³² Dat neemt niet weg dat de toepassing van algemene rechtsregels en 'soft law' de rechtspositie van de sollicitant inkleuren, zie Kötter 2010.

of handicap, en leeftijd.³³ Die mogen dus niet worden opgenomen in het afwegingskader. Het discriminatieverbod impliceert niet dat het verboden is om de betreffende kenmerken te registreren,³⁴ al kan het vragen daarnaar wel de indruk wekken dat het antwoord op de vraag van belang is voor de uitslag.³⁵ Voor sommige van de verboden kenmerken is het heel gebruikelijk om deze te vermelden bij sollicitaties of het maken van een account op een platform, zoals geslacht, leeftijd³⁶ en nationaliteit.

Een uitzondering op het verbod kan voor een beperkt aantal functies gelden in verband met de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit.³⁷ Een wat algemener inzetbare uitzondering is voorkeursbehandeling. Dit is naar Nederlands recht³⁸ mogelijk voor vrouwen, leden van een etnische of culturele minderheid en chronisch zieken en gehandicapten.³⁹ Bij voorkeursbehandeling mogen de beschermde kenmerken ten voordele van de historisch gezien benadeelde groep meewegen in het afwegingskader. Deze mogelijkheid wordt restrictief uitgelegd.⁴⁰ Er moet sprake zijn van een objectieve beoordeling van elk individueel geval.⁴¹ Recentelijk overwoog het College voor de Rechten van de Mens (CRM) dat (dwingende) quota met absolute voorrang voor vrouwen onder omstandigheden kunnen zijn geoorloofd als sprake is van een hardnekkige en structurele achterstandspositie van vrouwen, mits dit ook gelet op de overige concrete omstandigheden van het geval gerechtvaardigd is.⁴²

Indirect onderscheid

Van indirect onderscheid is sprake als een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaald beschermd kenmerk, in vergelijking met andere

33 Zie de AWGB, WGBM/V, WGBL, en de WGBHCZ. Het verbod van onderscheid op grond van contractvormen (deeltijdarbeid en bepaalde tijd, art. 7:648 en 649 BW) is niet van toepassing op werving en selectie. Discriminatie kan ook plaatsvinden op grond van andere kenmerken dan de expliciet in de AWGB en de Europese richtlijnen genoemde gronden, en dan verboden zijn op grond van algemene discriminatieverboden zoals art. 26 IVBPR. In art. 21 Handvest van de grondrechten van de EU inzake non-discriminatie worden naast de genoemde gronden nog meer gronden genoemd, namelijk kleur, sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, vermogen en geboorte. Deze zijn niet uitgewerkt in Europese richtlijnen. De toetsing aan deze verdragen laten wij vanwege de omvang van deze bijdrage verder buiten beschouwing.

34 Zie daarover paragraaf 8.4.

35 CRM 2015-94; CRM 2013-158; CGB 2002-119; zie verder Vas Nunes 2018, p. 280.

36 Bij leeftijd is het verbod op directe discriminatie minder 'gesloten' dan bij de andere gronden (zie art. 7 WGBL). Ter vereenvoudiging laten wij dit aspect buiten beschouwing.

37 Art. 2 lid 2 sub a; art. 2 lid 4 sub a; art. 2 lid 5 sub b; art. 2 lid 4 sub b; en art. 5 lid 2 AWGB, en Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn, *Stb.* 2005, 529.

38 Art. 7 Kaderrichtlijn 2000/78 biedt lidstaten een ruimere mogelijkheid dan waarvoor de Nederlandse wetgever heeft gekozen.

39 Art. 3 lid 1 WGBMV, art. 2 lid 3 AWGB en art. 3 lid 1 sub c WGBHCZ. De verplichting dit in de vacaturetekst te vermelden is niet met zoveel woorden in deze wetten opgenomen.

40 HvJ EG 17 oktober 1995, C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322 (*Kalanke*); HvJ EG 11 november 1997, C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533 (*Marschall*); HvJ EG 28 maart 2000, C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163 (*Badeck*); HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367 (*Abrahamsson*). Het CRM staat verdergaande voorkeursbehandeling in uitzonderingsgevallen toe. Zie nader Westerbeek 2014 en CRM 2020-53 (voorkeursbeleid TU/e).

41 HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98 (*Abrahamsson*).

42 CRM 2020-53 (voorkeursbeleid TU/e), onder verwijzing naar HvJ EG 28 maart 2000, C-158/97 (*Badeck*).

personen, bijzonder treft (art. 1 lid 1 sub c AWGB). Of hier sprake van is, is niet eenvoudig aan te tonen, en zeker niet in het geval van personeelsselectie.

Indirect onderscheid is verboden, tenzij het onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van het doel passend en noodzakelijk zijn (art. 2 lid 1 AWGB). Het doel moet geen verband houden met discriminatie.⁴³ Volgens het klassieke *Bilka*-arrest volstaat als legitiem doel voor werkgevers een 'werkelijke behoefte van de onderneming'.⁴⁴ Het doel van een selectieprocedure, het selecteren van een geschikte kandidaat voor een vacature, is zonder meer legitiem. Maar of een bepaalde selectiebeslissing rechtmatig is, zal afhangen van het specifieke systeem dat is ingezet. Het Hof van Justitie overweegt regelmatig dat de objectieve rechtvaardiging specifiek en nauwkeurig moet zijn.⁴⁵

Om een vermoeden van onderscheid te weerleggen moet de werkgever een inzichtelijke, controleerbare en systematisch toegepaste set van criteria hanteren, zo kan worden afgeleid uit jurisprudentie over beloningssystemen.⁴⁶ Een set van criteria moet in zijn geheel worden beoordeeld.⁴⁷ Daaruit kan worden afgeleid dat ook de onderlinge verhouding tussen die criteria moet worden gerechtvaardigd. Welke criteria kunnen daarbij gerechtvaardigd zijn? Economisch rationele factoren worden door het Hof doorgaans geaccepteerd. Voorbeelden zijn opleiding, productiviteit, flexibiliteit, anciënniteit en de kwaliteit van het werk.⁴⁸ Onderscheid op gronden die rechtstreeks nadelig kunnen uitpakken voor bepaalde beschermde groepen, zoals taalbeheersing, inzetbaarheid in verband met religieuze beperkingen of fysieke kracht, is ook gerechtvaardigd, mits de eisen relevant zijn voor de functie.⁴⁹ De werkgever is uiteraard niet verplicht om gebruik te maken van dergelijke criteria. Het staat hem zelfs vrij om, bij het zoeken naar een kandidaat, ervaringen of kenmerken positief te waarderen die vooral bij achtergestelde groepen voorkomen.⁵⁰

Een beperkt aantal gronden voor onderscheid is afgewezen. Eisen die niet duidelijk gerelateerd zijn aan een functie, zoals geen uitkering ontvangen, zijn niet gerechtvaardigd.⁵¹ Ook

43 O.a. HvJ EG 31 maart 1981, C-96/8 (*Jenkins*); HvJ EG 13 mei 1986, C-170/84, ECLI:EU:C:1986:204 (*Bilka*); HvJ EG 13 juli 1989, C-171/88, ECLI:EU:C:1989:328 (*Rinner*).

44 HvJ EG 13 mei 1986, C-170/84 (*Bilka*).

45 HvJ EU 18 november 2010, C-250 en 268/09, ECLI:EU:C:2010:699 (*Georgiev*); HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07, ECLI:EU:C:2009:128 (*Age Concern*); HvJ 20 maart 2003, C-187/00, ECLI:EU:C:2003:168 (*Kutz/Bauer*).

46 HvJ EG 1 juli 1986, C-237/85, ECLI:EU:C:1986:277 (*Rummmler*); HvJ EG 17 oktober 1989, C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383 (*Danfoss*). Zie ook Vas Nunes 2018, paragraaf 8.1.3; CGB 1999-6.

47 Zie HvJ EG 1 juli 1986, C-237/85 (*Rummmler*).

48 Zie HvJ EG 17 oktober 1989, C-109/88, (*Danfoss*); HvJ EG 31 mei 1995, C-400/93, ECLI:EU:C:1995:155 (*Royal Copenhagen*); HvJ EG 11 mei 1999, C-309/97, ECLI:EU:C:1999:241 (*Wiener Gebietskrankenkasse*); HvJ EG 26 juni 2001, C-381/99 (*Brunhofer*); HvJ EG 3 oktober 2006, C-17/05, ECLI:EU:C:2006:633 (*Cadman*). Bij de factoren flexibiliteit en opleiding moet de werkgever aantonen dat dit van belang is voor het verrichten van een specifieke taak.

49 Taaleisen: HvJ EU 18 oktober 2017, C-409-16, ECLI:EU:C:2017:767 (*Kalliri/Esoterikon*). HvJ EU 5 februari 2015, C-317/14, ECLI:EU:C:2015:63 (EC/België); art. 3 lid 1 Verordening nr. 492/2011. Zie ook Vas Nunes 2018, p. 312-313. Religieuze beperkingen: Hof 's-Gravenhage 10 april 2012, JAR 2012/130; CRM 2017-74; CGB 1997-46; CGB 2000-13. Zie ook EHRM 15 januari 2013, JAR 2013/55 (*Ladele*).

50 HvJ EG 28 maart 2000, C-158/97 (*Badeck*).

51 CRM 2013-33.

budgettaire overwegingen vormen geen rechtvaardiging voor onderscheid.⁵² Bij selectie zal, naar analogie, niet op het laatstverdiende loon of financiële situatie geselecteerd kunnen worden, als dat geen verband heeft met de productiviteit in de functie waarvoor wordt geselecteerd. Argumenten voor het maken van beloningsonderscheid die lastig te objectiveren zijn, zoals het bevorderen van loyaliteit of 'de motivatie, moreel en inzet van het personeel' werden niet geaccepteerd.⁵³ Het Hof zal gelet daarop kritisch zijn op subjectieve argumenten bij selectie, zoals dat er 'een klik' moet zijn, of dat iemand 'moet passen binnen de bedrijfscultuur', tenzij de werkgever erin slaagt dit op niet-discriminatoire wijze te objectiveren.

8.3.3 Problemen bij een onduidelijk afwegingskader

Wij komen nu op de vraag voor welke problemen de werkgever gesteld wordt als hij gebruikmaakt van een onduidelijk afwegingskader voor personeelsselectie. Dit is een bijzonder relevante vraag voor ons onderwerp, omdat we immers al hebben gezien dat de uitleg van een ML-algoritme vaak lastig is.

Het enkele feit dat het afwegingskader niet helder is, leidt niet onmiddellijk tot een probleem. Er is namelijk in beginsel pas een verplichting om het afwegingskader te rechtvaardigen, als dit afwegingskader personen met een beschermd kenmerk in vergelijking met andere personen bijzonder treft.

Vastgesteld moet dus worden wanneer dit het geval is bij personeelsselectie. Het antwoord hierop is niet gemakkelijk te geven. Is dit het geval wanneer (bijvoorbeeld) een vrouwelijke kandidaat is afgewezen ten gunste van een mannelijke kandidaat? Of pas als er te weinig vrouwelijke kandidaten zijn uitgekozen voor een selectiegesprek? Of moet ook nog worden vastgesteld hoeveel geschikte vrouwen er eigenlijk waren? Moet worden onderzocht hoeveel vrouwen deel uit maken van de actuele, of zelfs de potentiële, groep kandidaten?

Voor het antwoord op deze vragen bestaat tot dusver weinig concrete jurisprudentie. In uitspraken over arbeidsvoorwaarden werd steeds aangenomen dat het om een 'veel groter' of 'aanzienlijk' aantal getroffen personen uit de beschermde doelgroep moet gaan, of een minder groot, maar wel aanhoudend verschil.⁵⁴ Als het gaat om de belangrijke vraag welke

52 HvJ EG 24 februari 1994, C-343/92 (*Roks e.a.*), punt 35; HvJ EG 17 juni 1998, C-243/95 (*Hill*), r.o. 40.

53 HvJ EG 17 juni 1998, C-243/95 (*Hill*), r.o. 38.

54 HvJ EG 13 juli 1989, C-171/88 (*Rinner*); HvJ EG 7 februari 1991, C-184/89, ECLI:EU:C:1991:50 (*Nimz*); HvJ EG 27 juni 1990, C-33/89, ECLI:EU:C:1990:265 (*Kowalska*); HvJ EU 24 februari 1994, C-343/92 (*Roks e.a.*). In HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97, ECLI:EU:C:1999:60 (*Seymour*), was een verschil tussen 77,4% van de mannelijke en 68,9% van de vrouwelijke werknemers niet voldoende. In *Gerster* was bij benadeling van deeltijders een percentage van 87% voldoende voor indirect onderscheid op grond van geslacht. HvJ EU 2 oktober 1997, C-1/95 (*Gerster*). Dalenberg betoogt op basis van het arrest *Seymour* dat het hoe dan ook veilig is als het onderscheid minder dan 12,3% is, zie Dalenberg 2017, p. 623. Dat lijkt ons te kort door de bocht.

groepen moeten worden vergeleken,⁵⁵ is het Hof van Justitie tot dusver niet consequent.⁵⁶ In het Europese of Nederlandse recht bestaan aldus weinig heldere op de selectie toegespitste vuistregels voor het vaststellen van onderscheid. Een voorbeeld daarvan is wel te vinden in richtlijnen van de U.S. Equal Employment Opportunity Commission, op grond waarvan een verschil in selectiekansen van 20% behoudens rechtvaardiging in beginsel verboden discriminatie oplevert.⁵⁷

De teleurgestelde kandidaat heeft meer last van deze onduidelijkheid dan de aspirant-werkgever, want hij heeft de bewijslast dat een beschermde groep door de selectieprocedure bijzonder wordt getroffen. Hij wordt echter geholpen door een bewijsvermoeden. Art. 10 AWGB bepaalt dat, indien degene die meent dat in zijn nadeel een direct of indirect onderscheid is of wordt gemaakt, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, de wederpartij dient te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld. Een onduidelijk afwegingskader kan dus ook een probleem worden, als de kandidaat een terecht beroep op het bewijsvermoeden doet, omdat de werkgever dan moet bewijzen dat zijn afwegingskader gerechtvaardigd was.

Welke feiten zijn dan voldoende voor een dergelijk vermoeden in het geval van een teleurgestelde kandidaat? Het enkele feit dat iemand uit een beschermde doelgroep is afgewezen, is uiteraard niet voldoende. Er moet meer aan de hand zijn. In *Feryn* werd het vermoeden bijvoorbeeld gevestigd door discriminatoire uitlatingen.⁵⁸ In nationale zaken werd een vermoeden aangenomen in gevallen waarin een sollicitant onder zijn eigen identiteit niet, en onder een valse identiteit maar met hetzelfde of een minder goed cv, wel werd uitgenodigd voor een gesprek.⁵⁹ Het ter sprake brengen van een beschermd kenmerk tijdens een sollicitatiegesprek kan bijdragen aan een vermoeden van discriminatie.⁶⁰

Onduidelijkheid of gebrek aan openheid over de selectieprocedure leidt niet op zichzelf tot een vermoeden. In de uitspraken *Meister* en *Kelly* werd een weigering tot inzage van de gegevens van de uitgekozen kandidaat aangemerkt als (slechts) onderdeel van elementen waarmee het vermoeden van discriminatie kon worden gevestigd.⁶¹ Volgens het CRM is een ondoorzichtige selectieprocedure nog niet voldoende voor een vermoeden

55 Vgl. HvJ EU 8 oktober 2020, C-644/19 (*Universitatea 'Lucian Blaga' Sibiu*), JAR 2020/273, m.nt. Heemskerk; “Zonder referentiegroep is discriminatie ver weg”, aldus Heemskerk.

56 HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97 (*Seymour*): geen vergelijking tussen getroffen en niet getroffen personen maar tussen enerzijds het percentage getroffen vrouwelijke werknemers in verhouding tot het totaal aantal vrouwelijke werknemers op de arbeidsmarkt van de lidstaat; met anderzijds het percentage getroffen mannelijke werknemers in verhouding tot het totaal aantal mannelijke werknemers op de arbeidsmarkt van die lidstaat. HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01 (*Allonby*), r.o. 66 e.v.: (toch) een vergelijking tussen (alleen) het aantal getroffen vrouwen en getroffen mannen op de arbeidsmarkt.

57 Uniform Guidelines on Employment Selection Procedures, 29 C.F.R. § 1607.4(D) (2015). Vgl. Barocas & Selbst 2016, p. 701 e.v. Zie hierover ook paragraaf 8.5.

58 HvJ EU 10 juli 2008, C-54-07, ECLI:EU:C:2008:397 (*Feryn*); er hoeft geen identificeerbaar slachtoffer te zijn. Vgl. ook HvJ EU 25 april 2013, C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275 (*Asociația Accept*).

59 Zie bijvoorbeeld CRM 2018-129; CRM 2017-121. Zie ook CRM 2019.

60 CRM 2015, 94/95; CGB 2005-67; Vas Nunes 2018, p. 280.

61 HvJ EU 19 april 2012, C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217 (*Meister*); HvJ EU 21 juli 2011, C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506 (*Kelly*).

van discriminatie.⁶² Het CRM lijkt evenmin geneigd een vermoeden van discriminatie te verbinden aan op het oog weinig relevante vragen in een (online) sollicitatieformulier.⁶³ Als een werkgever een systeem hanteert dat hij niet kán uitleggen, omdat het volstrekt ondoorzichtig is, leert de zaak *Danfoss* dat dit voldoende kan zijn om te bewijzen dat er een verschil in behandeling is.⁶⁴ Zoals besproken is dat laatste nu juist een struikelblok voor de teleurgestelde kandidaat. In een nationale zaak is echter een vermoeden aangenomen in een geval met onduidelijke selectiecriteria, gecombineerd met statistieken, waaruit bleek dat vrouwen een structurele achterstand hadden in de betreffende sector.⁶⁵

De werkgever die deze problemen wil voorkomen, zal dus trachten een niet-discriminatoire afwegingskader te hanteren. Als het in de inleiding genoemde wetsvoorstel doorgang vindt, zal dat ook een verplichting worden.

8.3.4 ML-algoritmes en discriminatie

De vraag is nu hoe de besproken regels zich verhouden tot het gebruik van ML-algoritmes. Wij gaan uit van de werkgever die tracht een niet-discriminatoire datagedreven selectiesysteem te ontwerpen. In hoeverre staat het gelijkebehandelingsrecht dit toe?

Direct onderscheid

Zoals besproken zijn de mogelijkheden om direct onderscheid te rechtvaardigen zeer beperkt. Een beslialgoritme waarin de verboden gronden voorkomen, maakt dus in beginsel direct onderscheid. Om zeker te weten dat het beslialgoritme geen gebruik maakt van deze variabelen, moeten ze uit de dataset worden verwijderd. Voor de dataset uit onze casus (de personeelselectie), betekent dat dat deze variabelen uit het cv van de functionarissen en de kandidaten moeten worden gehaald. Dit kan het gebruik van databronnen als e-mails of socialmediaprofielen compliceren.⁶⁶ Ook bij het gebruik van video-opnames zou hiermee rekening moeten worden gehouden. Daarin opgenomen verboden kenmerken zoals huidskleur of geslacht, mogen namelijk niet meewegen in het afwegingskader.

62 Vgl. CRM 2019-4: wel een vermoeden in combinatie met een andere grond (in casu afwijzing vanwege een vermeende 'gevoeligheid voor diversiteit'). Zie ook Vas Nunes 2018, p. 142-143, 285.

63 CRM 2015-115 (vragen naar burgerlijke staat, nationaliteit: geen vermoeden van onderscheid); CRM 1998-123 (burgerlijke staat, gegevens partner, leeftijd en beroep ouders, broers en zusters; kerkelijke of levensbeschouwelijke groepering, eerdere woonplaatsen, financiële situatie; geen verboden onderscheid).

64 HvJ EG 17 oktober 1989, C-109/88 (*Danfoss*), r.o. 10-13. In dat geval moest de vrouwelijke werknemer met betrekking tot een relatief groot aantal loontrekkenden aantonen, dat de gemiddelde beloning voor vrouwelijke werknemers lager is dan die voor mannelijke werknemers.

65 Zie Hof Amsterdam 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4132; CGB 2009-96; vgl. over dit oordeel Hartman & Vegter 2010, p. 80-82.

66 Woorden die in cv's worden gebruikt kunnen onverhoopt (bijvoorbeeld) het geslacht van de kandidaat verraden. Dit probleem deed zich voor bij Amazon: "In effect, Amazon's system taught itself that male candidates were preferable. It penalized resumes that included the word 'women's,' as in 'women's chess club captain.'" Zie J. Destin, 'Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women', Reuters, 10 oktober 2018, online via: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scrap-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G> (laatst geraadpleegd op 1 maart 2020).

Indirect onderscheid

Hiermee is het ML-algoritme nog niet discriminatiefrij. Ook als de 'verboden variabelen' zijn weggelaten, kan het systeem indirect verboden onderscheid maken.

Zoals besproken is sprake van indirect onderscheid als het beslisalgoritme een aanzienlijk percentage leden van beschermde groepen nadelig treft. Het beslisalgoritme kan tot deze uitkomst leiden als de trainingsdata een vooringenomenheid bevatten. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel dat een werkplatform voor hondenuitlaatdiensten ratings aanmerkt als indicator voor succes (outputvariabele) en op basis daarvan met een ML-algoritme de volgorde bepaalt waarin werkers aan de hondeneigenaren worden getoond. Stel voorts dat migranten in de betreffende branche in overigens gelijke omstandigheden door discriminatie van klanten een lagere rating krijgen.⁶⁷ De uitkomst van het algoritme is dan dat hun resultaten vaker lager op de pagina worden getoond. Dit kan bovendien een zelfversterkend effect krijgen.⁶⁸ Hun kansen om een klus te krijgen, dalen, ze doen daardoor minder ervaring op, presteren minder goed, krijgen daardoor weer lagere ratings, etc.⁶⁹

Wij signaleren dat het enkele weglaten van de variabele 'ethniciteit' geen oplossing is voor discriminatie in algoritmes, maar juist een probleem, omdat deze omstandigheid dan niet meer boven water kan komen. In dit voorbeeld kunnen de discriminatoire ratings namelijk alleen uit de dataset blijken als de ratings voor gelijk presterende migranten en niet-migranten kunnen worden vergeleken. Daarvoor moet bekend zijn wie de migranten in de dataset zijn. Wij komen terug op dit probleem in paragraaf 8.4 en 8.5.

Een tweede probleem is, dat het ML-algoritme *minder nauwkeurig*⁷⁰ kan zijn voor leden van een bepaalde minderheidsgroep. Zo kan het voorkomen dat een model dat voor de gehele populatie 95% nauwkeurig is, voor leden van een bepaalde in de data ondervertegenwoordigde (minderheids)groep maar 60%⁷¹ nauwkeurig zal zijn. ML-algoritmes worden beter van meer data, terwijl over ondervertegenwoordigde groepen per definitie minder data voorhanden zijn.⁷² Als de beslisfunctie 'goede kandidaten' moet onderscheiden van 'slechte kandidaten', is het van belang dat het dat nauwkeurig doet. Nadeel kan er dus ook uit bestaan dat kandidaten uit minderheidsgroepen willekeurig(er) of minder zorgvuldig worden behandeld; zij hebben dan een minder *eerlijke* kans.

Datawetenschappers onderkennen deze problemen. Er is gewerkt aan allerlei interventies in verschillende fasen van het ontwerp: bij het selecteren en bewerken van de data, bij het trainingsproces of bij het maken van de beslisfunctie. Er zijn sterk uiteenlopende formele

67 Zie Hannak 2017 voor empirisch onderzoek waarin voor twee werkplatforms (Fiverr en Taskrabbit) significante verschillen werden gevonden in ratings, zowel gedreven door etniciteit als door geslacht. Zie echter ook Cook, Diamond, Hall, List & Oyer 2018, waarin geen verschil in ratings werd gevonden bij Uber-chauffeurs.

68 Vgl. Sandvig, Hamilton, Karahalios & Langbort 2014.

69 Vgl. Barocas, Hardt & Narayanan 2019, p. 25-26.

70 Wij hebben het hier over nauwkeurigheid, maar minstens zo relevant zijn andere verwante begrippen zoals 'recall' en 'precision'. Zie voor meer hierover: Barocas, Hardt, Narayanan 2019, p. 15 en 38 e.v.

71 60% klinkt op zich nog goed, maar het is in feite maar iets beter dan een muntje opgooien.

72 Barocas, Hardt, Narayanan 2019, p. 22.

(wiskundige) benaderingen ontwikkeld, die uitdrukking geven aan verschillende opvattingen van 'fairness'. Denk bijvoorbeeld aan enerzijds het uitschakelen van de invloed van een bijzonder kenmerk, of anderzijds juist het nastreven van een evenredige spreiding van uitkomsten over de verschillende doelgroepen.⁷³ Gevreesd wordt wel dat laatstbedoelde interventies ten koste gaan van de effectiviteit, nauwkeurigheid of generaliseerbaarheid van het ML-algoritme.⁷⁴

8.3.5 Objectieve rechtvaardiging en uitlegbaarheid

In paragraaf 8.3.2 is aan de orde gekomen dat maar weinig gronden voor indirect onderscheid niet gerechtvaardigd zijn. Ontwerpers en gebruikers van ML-algoritmes hebben dus in beginsel veel vrijheid bij het verzamelen van variabelen voor het ontwerpen van ML-algoritmes voor selectie of bijvoorbeeld de toewijzing van klussen aan platformwerkers. Maar op het oog problematisch is toch dat onder omstandigheden in beginsel het afwegingskader als geheel moet worden gerechtvaardigd. Dit stelt de gebruiker van ML-algoritmes voor een obstakel, omdat het nu juist een grote uitdaging blijkt om op een betekenisvolle manier uit te leggen in hoeverre de gehanteerde variabelen bijdragen aan de uitkomst van een beslisalgoritme.⁷⁵

Er wordt veel onderzoek gedaan naar uitlegbaarheid in *machine learning*. Daarbij zijn twee hoofdrichtingen te onderscheiden: aan de ene kant *explanation by design* ('XbD') en aan de andere kant *black box explanation* ('BBX'). Bij XbD-systemen is het algoritme zodanig transparant opgezet, dat een zinvolle uitleg tegelijkertijd met de databewerking gegenereerd kan worden. BBX-systemen daarentegen, zijn gericht op het genereren van de uitleg van een *black box*-beslisalgoritme nadat deze tot stand is gekomen. De uitdaging daarbij is te zorgen dat de uitleg daadwerkelijk het besluitvormingsproces adequaat weergeeft.⁷⁶

Daarnaast kan onderscheid worden gemaakt tussen een modelcentrische uitleg en een subjectcentrische uitleg. Een modelcentrische uitleg kan bijvoorbeeld bestaan uit een toelichting op de wijze waarop het model is ingericht, de data die ervoor gebruikt zijn, de voorspellende waarde ervan of een versimpelde, gemiddelde uitleg van hoe van een input naar een output wordt gegaan. Opnieuw geldt dat het per definitie alleen mogelijk is een versimpelde uitleg te geven. Anders zou het immers mogelijk zijn de versimpelde uitleg te gebruiken *in plaats van* het complexe model om dezelfde resultaten te behalen.⁷⁷ Het is de vraag of een modelcentrische uitleg steeds een voldoende betekenisvolle uitleg kan geven in individuele gevallen.

Een subjectcentrische uitleg kan informatie geven over de uitkomst in een voorliggend geval, zoals welke veranderingen in de input tot een andere output zouden hebben geleid,

73 Zie hierover uitgebreid Barocas, Hardt & Narayanan 2019, p. 45-55, 73-75 en 107-120. Een lijst met formele non-discriminatiecriteria is te vinden op p. 75.

74 Barocas, Hardt & Narayanan 2019, p. 47.

75 Edwards & Veale 2017.

76 Zie voor een wat technischer overzicht van de recente stand van zaken inzake BBX: Guidotti, Monreale, Ruggieri, Turini, Giannotti & Pedreschi 2018.

77 Vgl. Rudin 2019, p. 206-215.

welke gevallen uit de trainingsdata het meest op het voorliggende geval lijken, welke gevallen een vergelijkbare kwalificatie van het systeem krijgen, of met welke mate van zekerheid het voorliggende geval gekwalificeerd is (anders gezegd; is het een moeilijk of een makkelijk geval).⁷⁸

Een beslisalgoritme kan aldus op verschillende manieren worden toegelicht. Toch zal de toelichting veelal niet op alle punten opheldering kunnen geven over de precieze werking ervan. Voor zover er wel opheldering kan worden gegeven, is denkbaar dat daaruit blijkt dat het beslisalgoritme variabelen in het afwegingskader gebruikt, die op het oog weinig verband houden met de functie-eisen, zoals laatstverdiende loon, financiële situatie of postcode van de kandidaat. Wij signaleren hier de volgende spanning. De meerwaarde van complexe ML-algoritmes ligt onder meer in het herkennen en benutten van – soms onverwachte – door mensen moeilijk te hanteren non-lineaire verbanden, waarbij het voor de effectiviteit niet steeds nodig is onderscheid te maken tussen correlatie en causaliteit.⁷⁹ Eventuele ongerijmdheden kunnen door de gebruiker acceptabel worden gevonden zolang het algoritme effectief is, dat wil zeggen (in de trainingsfase) in staat was om succesvolle kandidaten te 'voorspellen'. Dit botst met de klassieke aanpak van de rechtvaardiging van indirecte discriminatie. Daarin geldt immers dat op grond van onder andere de *Danfoss*-leer het kan bijdragen aan een vermoeden van discriminatie, als de werkgever niet in staat is inzicht te geven in het beslisalgoritme en de vraag waarom de daarin voorkomende variabelen relevant zijn voor de functie en wat hun onderlinge samenhang is.

Wij denken dat het de moeite waard is om te onderzoeken in hoeverre deze klassieke benadering in het gelijkebehandelingsrecht kan worden losgelaten, althans in hoeverre de rechtvaardigingstoets kan worden aangepast bij het gebruik van ML-algoritmes. In paragraaf 8.5 gaan wij nader in op de meerwaarde van datagedreven personeelsselectie. In de volgende alinea's werken wij een voorbeeld uit van een aangepaste rechtvaardigingstoets voor datagedreven personeelsselectie.

In ons voorbeeld gaat het om een beslisalgoritme waarin het belangrijkste selectiecriterium kan worden samengevat als 'lijken op succesvolle functionarissen'. Stel dat bij een selectie met behulp van dit beslisalgoritme (veel) meer mannen zijn geselecteerd dan vrouwen. In de trainingsdataset zaten e-mailbestanden van functionarissen, die zijn meegenomen in het trainen van het beslisalgoritme. Er zijn correlaties gevonden tussen bepaalde woordkeuzen van functionarissen in hun e-mails en hun score op de succesindicatoren. Stel, het blijkt niet mogelijk om bevredigend toe te lichten welke woordkeuze het precies betreft en waarom die woordkeuze relevant is voor de functie. Volgens de klassieke rechtvaardigingstoets zou dit leiden tot een niet weerlegbaar vermoeden van discriminatie.

Een mogelijke modelcentrische rechtvaardiging in dit scenario zou dan kunnen zijn dat het model is getraind op een dataset met e-mails van evenveel mannen als vrouwen, en dat het in 92% van de gevallen een kandidaat aanwees die later 'goed' presteerde volgens een genderneutraal criterium voor succes. Zou een dergelijke toelichting voldoende kunnen

⁷⁸ Ontleend aan Edwards & Veale 2017, p. 54 e.v.

⁷⁹ Zie in vergelijkbare zin: *Kamerstukken II* 2018/19, 26643, nr. 570 (brief van de Minister voor Rechtsbescherming, 9 oktober 2018).

zijn voor de objectieve rechtvaardiging (in de zin van het gelijkebehandelingsrecht) van de ongelijke uitkomst? Denkbaar is dat een afgewezen kandidaat daarnaast aanspraak zou kunnen maken op een meer subjectcentrische toelichting, bijvoorbeeld door te vragen naar de verschillen tussen de kandidaat en de meest op hem of haar gelijkende gevallen die wel geselecteerd zijn.

Om strijd met het gelijkebehandelingsrecht te voorkomen, zou de ontwerper van het beslisalgoritme overigens ook kunnen streven naar een evenredige spreiding van de geselecteerde kandidaten over de verschillende doelgroepen. Dit heeft in het gelijkebehandelingsrecht immers tot gevolg, dat niet snel meer sprake zal zijn van een vermoeden van discriminatie, zodat het beslisalgoritme in beginsel verder niet gerechtvaardigd hoeft te worden. Wij signaleren nog een keer dat het voor deze optie van belang is om de beschermde kenmerken niet weg te laten maar juist op te nemen in het model, want anders kan onevenredigheid niet zichtbaar worden en dus ook niet gecorrigeerd. Beide methoden (het model corrigeren en de uitkomst corrigeren) kunnen uiteraard ook gecombineerd worden.

8.4 De Algemene Verordening Gegevensbescherming

8.4.1 Inleiding

Zoals besproken in paragraaf 8.2 betreffen de zorgen over algoritmes niet alleen de potentieel discriminerende effecten, maar ook de grote hoeveelheden persoonsgegevens die verwerkt worden.⁸⁰ Daardoor wordt de vraag relevant, hoe het gegevensverwerkingsrecht een datagedreven selectieprocedure normeert. De aan gegevensverwerking te stellen eisen zijn uitgewerkt in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (de AVG) en de Uitvoeringswet AVG (de UAVG).⁸¹ Deze bronnen normeren het gebruik van persoonsgegevens van betrokkenen. In ons voorbeeld van het gebruik van datagedreven personeelsselectie gaat het om twee categorieën betrokkenen, namelijk de functionarissen van wie de trainingsdata afkomstig zijn, en de sollicitanten. Wij gaan eerst kort in op de eerste categorie (par. 8.4.2), en daarna uitvoeriger op de positie van de sollicitant (par. 8.4.3). Vervolgens gaan wij in op de mogelijkheden van datagedreven selectie binnen de grenzen van het gegevensverwerkingsrecht (par. 8.4.4).

8.4.2 Het samenstellen van de dataset

Persoonsgegevens zijn volgens art. 4 lid 1 AVG 'alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, met name aan de hand van een naam, identificatienummer, locatiegegevens of een online identificator of van een of meer elementen die kenmerkend zijn voor de fysieke, fysiologische, genetisch, psychische, economische, culturele of sociale identiteit van de betrokken persoon'. Een dataset waarmee werknemers of platformwerkers worden geselecteerd of waarmee werk wordt verdeeld, zal veelal data bevatten met profielen van personen die een soortgelijke functie uitoefenen of hebben uitgeoefend (hierna aangeduid als functionaris). Zoals besproken kunnen dat 'persoonlijke'

⁸⁰ Kim 2017, p. 857-936; Raad van Europa (Zuiderveen Borgesius) 2018.

⁸¹ Zie over sollicitaties en de AVG c.q. Wbp Vesters 2019; Laan & Thole 2016.

gegevens zijn zoals cv, prestatie-indicatoren en e-mailbestanden. Aan de dataset kunnen ook 'onpersoonlijke' data worden toegevoegd, zoals bij een dienstenplatform de preferenties van klanten in postcodegebieden.

De centrale beginselen van gegevensverwerking worden opgesomd in art. 5 AVG. Volgens deze beginselen mogen persoonsgegevens alleen gebruikt worden voor een welbepaald en uitdrukkelijk omschreven doel. De gegevens moeten toereikend zijn, ter zake dienend en beperkt tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt. Naast dit beginsel van minimale gegevensverwerking geldt het beginsel van doelbinding. Dat wil zeggen dat een persoonsgegeven niet verder mag worden verwerkt op een met de oorspronkelijke doeleinden onverenigbare wijze (art. 5 lid 1 sub b AVG). Voorts moet voor elk verzameld gegeven worden aangetoond dat er een rechtmatige verwerkingsgrondslag is, zoals vereist in art. 6 AVG.

Dit roept vragen op over de mogelijkheid om persoonsgegevens van functionarissen te gebruiken om een beslialgoritme voor kandidaten of platformwerkers mee te bouwen. Veel functionarissen zullen werknemers zijn of anderszins een afhankelijke positie innemen.⁸² Toestemming van deze betrokkenen om hun gegevens voor dit doel te verwerken zal niet zo snel een rechtmatige grondslag zijn. Volgens art. 7 AVG jo. art. 4 lid 11 AVG wordt onder toestemming als grondslag voor gegevensverwerking verstaan, elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting. De betrokkene moet krachtens art. 7 lid 3 AVG het recht hebben de toestemming te allen tijde in te trekken. Omdat de werknemer afhankelijk is van zijn werkgever is de toestemming niet vrij en is deze grondslag in de arbeidsrelatie niet of nauwelijks beschikbaar.⁸³ De werkgever moet daarom een andere grondslag aanwijzen voor gegevensverwerking. Dat zal veelal liggen in het legitieme doel in de zin van art. 6 lid 1 sub f AVG. Voor zover de gegevens al eerder om andere redenen verkregen zijn, moet dat doel voldoende dicht bij het oorspronkelijke doel liggen.

Te verdedigen valt dat de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij het gebruiken van persoonsgegevens ten behoeve van de trainingsdataset, voor zover deze data in het bedrijf zelf zijn gegenereerd, zoals prestaties en tekstbestanden. Deze data mag de werkgever ten goede laten komen aan bedrijfsdoelen, waaronder het werven van nieuw personeel of het verdelen van werk. Om de impact van de verwerking te minimaliseren, kan hij deze gegevens pseudonimiseren (zie art. 32 jo. art. 4 lid 5 AVG). De vraag rijst of gegevens over de levensloop van functionarissen voorafgaand aan indiensttreding of buiten het werk ook gebruikt kunnen worden. Dit hangt mede af van de vraag of deze gegevens

82 Voor het gemak duiden wij de werkverschaffer van werknemers of afhankelijke platformwerkers met een andersoortige overeenkomst hierna gezamenlijk aan als een relatie tussen een 'werkgever' en een 'werknemer'.

83 *Kamerstukken II 1997/98, 25892, nr. 3*, p. 65; Groep gegevensbescherming artikel 29, Richtsnoeren inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679, Vastgesteld op 28 november 2017, Laatstelijk herzien en vastgesteld op 10 april 2018, p. 7-8; Zie ook het onderzoeksrapport van de AP van 23 mei 2016, *Onderzoeksrapport Hoffmann, Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens bij pre en in-employment screening*, met kenmerk Z2015-00380; uit dit rapport blijkt dat zelfs het uit eigen beweging verstrekken van niet gevraagde informatie, in het kader van een sollicitatie geen vrije toestemming is in de zin van (thans) de AVG.

wel in het functieprofiel mogen voorkomen en wat er geldt op het gebied van bijzondere persoonsgegevens (zie hierna par. 8.4.3).

8.4.3 *Het opvragen van informatie bij de sollicitant of aspirant-platformwerker*

Ook ten aanzien van de sollicitant of aspirant-platformwerker geldt dat de aspirant-werkgever voor het opvragen van data een gerechtvaardigd belang moet hebben in de zin van art. 6 lid 1 sub f AVG. Voor de vraag wanneer gegevensuitvraag bij selectie voldoet aan deze eis, zijn een aantal regels en richtsnoeren van belang, waar wij hieronder nader op ingaan: algemene handreikingen op Europees en nationaal niveau, beperkingen voor bijzondere persoonsgegevens en regels voor profilering die van toepassing zijn op personeelsselecties.

Algemene handreikingen bij sollicitatie

Het voormalige adviesorgaan van de Europese Unie, de zogeheten Artikel 29-werkgroep, voorloper van de huidige European Data Protection Board (EDPB), heeft in 2017 een advies uitgebracht over gegevensverwerking op het werk.⁸⁴ Daarin zijn een aantal uitgangspunten voor de gegevensverwerking bij sollicitatie opgenomen. De gegevens van sollicitanten mogen alleen worden verzameld en verwerkt voor zover die noodzakelijk en relevant zijn voor de uitvoering van de baan waarvoor zij hebben gesolliciteerd.⁸⁵ Het daarvoor verzamelen van gegevens van door sollicitanten via internet vrij beschikbaar gestelde informatie vindt het adviesorgaan aanvaardbaar. De persoon moet wel nauwkeurig op de hoogte worden gesteld van de verwerkingen voordat hij met de sollicitatieprocedure begint. Een werkgever kan op geen enkele rechtsgrond de kandidaat-werknemers verplichten dat ze hem toegang verschaffen tot hun internetgebruikersprofiel(en).

De EDPB of diens voorganger hebben zich nog niet specifiek uitgelaten over personeelsselectie met behulp van algoritmes. Uit meer algemene uitlatingen leiden wij af dat dit adviesorgaan het gebruik van ML-algoritmes niet als zodanig in strijd acht met de AVG.⁸⁶

Naast aanbevelingen van privacyorganen, kan ter invulling van de noodzakelijkheidseis van art. 6 lid 1 sub f AVG, gedacht worden aan de Sollicitatiecode 2020 van de Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement en Organisatieontwikkeling (NVP), opgesteld in overleg met de Stichting van de Arbeid. In deze code is rekening gehouden met digitale assessments en ML-algoritmes. Deze moeten volgens de code gevalideerd en transparant zijn. De organisatie moet de mogelijke risico's en tekortkomingen daarvan kennen en de zorgvuldigheid en vertrouwelijkheid waarborgen, en de sollicitant die daarom verzoekt

84 Artikel 29-Werkgroep, Guidelines on Consent (WP259), 28 november 2017.

85 Zie voor dit uitgangspunt ook het reeds aangehaalde Hofmann-rapport van de AP over screening bij integriteitsgevoelige functies.

86 Zie bijvoorbeeld EDPB Response to the MEP Sophie in 't Veld's letter on unfair algorithms, 31-01-2020, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/letters/edpb-response-mep-sophie-int-velds-letter-unfair-algorithms_en. Zie ook in het kader van de Europese Raad, Consultative Committee of the Convention 108, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of big data*, Strasbourg, Jan. 23 2017 en *Guidelines on Artificial Intelligence and Data Protection*, Jan. 25, 2019. <https://rm.coe.int/guidelines-on-artificial-intelligence-and-dataprotection/168091f9d8> [<https://perma.cc/H563-X673>].

moet na deelname een gemotiveerde uitslag kunnen krijgen (art. 3.4). Ook hieruit is dus af te leiden dat wel gebruikgemaakt kan worden van ML-algoritmes, mits op zorgvuldige wijze.

Bijzondere persoonsgegevens

Naast deze algemene uitgangspunten is van belang dat de verwerking van sommige bijzondere persoonsgegevens verboden is, tenzij een beroep kan worden gedaan op limitatief omschreven uitzonderingen, zoals nader uitgewerkt in nationaal recht. Bijzondere gegevens in de zin van art. 9 lid 1 AVG zijn persoonsgegevens met betrekking tot ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, lidmaatschap van een vakbond, genetische- of gezondheidsgegevens, gegevens over seksueel gedrag of seksuele gerichtheid.⁸⁷

De mogelijkheden die de AVG biedt om bijzondere gegevensverwerking mogelijk te maken bij personeelsselectie zijn door Nederland nauwelijks benut.⁸⁸ Er kan sprake zijn van verwerking van bijzondere gegevens door een werkgever met een bepaalde religieuze of politieke identiteit of 'die op vakbondgebied werkzaam is' (art. 22 lid 2 sub c UAVG, bedoeld zal zijn 'vakbonden') of, voor wat betreft politieke voorkeuren, functies in bestuursorganen of adviescolleges (art. 26 UAVG). Voorts kan de werkgever voorkeursbeleid toepassen op het gebied van ras of etnische afkomst, en de daarvoor noodzakelijke gegevens verwerken, tenzij betrokkene bezwaar maakt (art. 25 sub b UAVG).

In beginsel is de verwerking van genoemde bijzondere gegevens dus niet toegestaan. Dit bemoeilijkt uiteraard het verzamelen van informatie over de kandidaten. Zo mogen foto's of ander beeldmateriaal in beginsel niet worden verwerkt vanwege de daaruit blijkende afkomst. Beeldopnames zijn volgens de AP echter toch mogelijk als de sollicitant ook een alternatief wordt aangeboden, en voor de sollicitant duidelijk is dat er geen consequenties aan het al dan niet gebruikmaken van de video-opname verbonden zijn.⁸⁹ Persoonlijkheidstesten en assessments zijn voorts problematisch in verband met het verbod op gegevens over gezondheid te verwerken.⁹⁰

'Profilering'

Nieuw in de AVG ten opzichte van de voormalige privacyrichtlijn is de regulering van 'profilering', gedefinieerd als 'elke vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens waarbij aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden geëvalueerd, met name met de bedoeling zijn beroepsprestaties,

87 De vergelijking met bijzondere gronden in het gelijkebehandelingsrecht levert een overlap op voor wat betreft de gronden ras of etnische afkomst, religie en levensovertuiging, politieke gezindheid, gezondheid (overlap met chronische ziekte en handicap) en seksuele voorkeur. Geslacht, nationaliteit, burgerlijke staat en leeftijd zijn geen bijzondere persoonsgegevens. Vakbondslidmaatschap en genetische en biometrische gegevens vallen buiten het gelijkebehandelingsrecht.

88 Zie art. 9 lid 2 sub b AVG.

89 Zie de AP, <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/werk-uitkering/sollicitaties>.

90 Zie art. 9 lid 2 sub h AVG jo. art. 30 lid 1 sub a en b UAVG. Sollicitatie behoort niet tot de toegestane doeleinden voor het verwerken van gezondheidsgegevens. Zie voor psychologische gegevens als gezondheidsgegevens, AP 2 oktober 2017, Onderzoeksrapport BrainCompass, kenmerk z2016-00227; en Article 29 Working Party, brief van 5 februari 2015 aan de Europese Commissie, ANNEX – Health data in apps and devices, p. 1, 2 en 5.

economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen te analyseren of te voorspellen' (art. 4 lid 4 AVG). Art. 22 AVG geeft betrokkenen het recht niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit. Er moet worden voorzien in enige menselijke tussenkomst. Het nemen van selectiebeslissingen mag dus niet uitsluitend aan een ML-algoritme worden overgelaten. Betoogd wordt dat in dat kader voldoende is om een automatisch tot stand gekomen prioritering of sortering van kandidaten door een medewerker te laten beoordelen, waarbij de medewerker de definitieve beslissing neemt om de kandidaten de beslissing mee te delen.⁹¹

Vanwege het hoge privacyrisico stelt art. 35 AVG bij profilering een gegevensbeschermingseffectbeoordeling verplicht. Risico's moeten worden beperkt, onder andere door betrokkenen uit te leggen hoe het besluit met behulp van profilering tot stand is gekomen. De verplichting om transparant te zijn over het verwerken van gegevens is van groot gewicht in de AVG. Volgens art. 12 lid 1 AVG moet de verwerkingsverantwoordelijke degene van wie gegevens verwerkt worden informeren in een beknopte, transparante, begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in een duidelijke en eenvoudige taal. In geval van geautomatiseerde besluitvorming (zoals bij profilering) moet nuttige informatie verschaft worden over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene (art. 13 lid 2 sub f AVG).

Opgemerkt zij dat er discussie is over de mate waarin deze verplichting meebrengt dat de logica van de besluitvorming ook inhoudelijk kan worden gerechtvaardigd.⁹² De Artikel 29-werkgroep heeft in oktober 2017 een rapport opgesteld over profilering.⁹³ De werkgroep erkent dat uitleg over het gebruik van algoritmes geen substantiële bescherming tegen oneerlijke of discriminerende uitkomsten van profilering waarborgt.⁹⁴ Volgens de werkgroep moeten organisaties in het kader van de gegevensbeschermingseffectbeoordeling regelmatig controleren of de gebruikte algoritmes geen 'discriminatoire, foutieve of ongerechtvaardigde resultaten' opleveren. In de considerans van de AVG is op verschillende plaatsen erkenning voor het belang van een behoorlijk, niet-discriminair gebruik van persoonsgegevens bij profilering (bijvoorbeeld nr. 71 en 75). Het Hof van Justitie is bij uitleg van de AVG tot dusver echter terughoudend gebleken in de mate waarin beslissingen over personen moeten worden toegelicht, laat staan gerechtvaardigd moeten worden.⁹⁵

8.4.4 ML-algoritmes en de AVG

Een van de centrale beginselen van gegevensverwerking zoals opgesomd in art. 5 AVG is het beginsel van minimale gegevensverwerking, ook wel samengevat als 'select before

91 Vgl. Edwards & Veale 2017; Raad van Europa (Zuiderveen Borgesius) 2018.

92 Wachter & Mittelstadt 2019.

93 Artikel 29-werkgroep, *Richtsnoren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, Vastgesteld op 3 oktober 2017, zoals laatstelijk gewijzigd en vastgesteld op 6 februari 2018.

94 Vgl. Edwards & Veale 2017.

95 HvJ EU 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081 (*Y.S. tegen Ministerie van Immigratie*); HvJ EU 20 december 2017, C-434/16, ECLI:EU:C:2017:994 (*Nowak*). Vgl. Roozendaal 2015; Wachter & Mittelstadt 2019.

you collect'. Dit lijkt precies omgekeerd aan de manier waarop sommige ML-algoritmes werken. Bij zogeheten *data mining* worden immers juist eerst grote hoeveelheden gegevens verzameld om vervolgens met behulp van algoritmes verbanden te kunnen leggen tussen gegevens. Maar ook de praktijk van de *supervised* ML-algoritmes zal daarmee in strijd kunnen komen. Het doel van de gegevensverwerking in onze casus, personeelsselectie, zal zonder meer legitiem zijn. Een potentieel obstakel is evenwel de vraag of kan worden vastgesteld dat een verwerking van een persoonsgegeven noodzakelijk is voor het bereiken van dat doel. Voor het samenstellen van de trainingsdataset zal niet voor elk verzameld persoonsgegeven vooraf kunnen worden aangetoond dat het relevant is. Pas als het algoritme daadwerkelijk wordt uitgevoerd, berekent de computer immers welke variabelen ertoe doen.⁹⁶ Zoals besproken is ook achteraf niet altijd helemaal transparant te maken *in hoeverre* variabelen in het beslisalgoritme relevant zijn en, voor zover dat wel zo is, verschaft het model niet altijd informatie over de vraag *waarom* de variabele relevant zou zijn voor het doel. Het aantonen van de noodzaak van het verwerken van alle variabelen is zoals besproken daarom op het oog niet haalbaar.

Als men datagedreven personeelsselectie toch mogelijk wil maken, is derhalve een welwillende interpretatie nodig van de eis dat de voor selectie gebruikte persoonsgegevens relevant moeten zijn voor de functie, en dat over het gebruik van deze gegevens uitleg moet worden gegeven aan de kandidaat. Uit de uitlatingen van de EDPB valt af te leiden dat het gebruik van beslisalgoritmes met behulp van persoonsgegevens niet bij voorbaat taboe is. Volgens het Hof van Justitie valt in de AVG geen inhoudelijke rechtvaardigingsplicht te lezen. Wij concluderen daarom voorzichtig dat er gezocht kan worden naar een op het gebruik van algoritmes aangepaste interpretatie van de AVG, mits er op zorgvuldige wijze gebruik van wordt gemaakt.

Een van de voorwaarden voor zorgvuldige verwerking is het zorgdragen dat het model niet leidt tot discriminatie. Zoals besproken is het mogelijk om discriminatie te bestrijden door een model te corrigeren voor onevenredige spreiding over beschermde doelgroepen. Daarvoor is nodig dat informatie over lidmaatschap van die groepen zichtbaar is. Naar Nederlands recht mogen bijzondere persoonsgegevens echter niet voor dit doel verwerkt worden. Betoogd kan worden dat een uitzondering kan worden gemaakt voor correctie voor de grond ras of etnische afkomst onder de voorwaarden van art. 25 UAVG, omdat dit zou kunnen gelden als voorkeursbehandeling. De gronden geslacht, nationaliteit en leeftijd zijn geen bijzondere persoonsgegevens, zodat daarvoor zonder meer gecorrigeerd kan worden. Voor de grond handicap is echter geen verwerking van gegevens toegestaan voor het doel van selectie.

Naast correctie van de uitkomst van het model kan, zoals ook al besproken in de paragraaf over gelijke behandeling, gekeken worden naar de vormgeving van het model. Een werkgever die een AVG-respecterende datagedreven personeelsselectieprocedure wil ontwerpen, zal bij het samenstellen van de trainingsdataset de privacy van de functionarissen van wie de profielen worden gebruikt, zoveel mogelijk waarborgen door bijvoorbeeld gebruik te maken van pseudonimisering. De dataset zal uiteraard worden geschoond van

⁹⁶ Kleinberg, Ludwig, Mullainathan & Sunstein 2018, onder verwijzing naar technische literatuur.

bijzondere persoonsgegevens, behoudens in geval van voorkeursbeleid. Deze eis beperkt, zoals besproken, het gebruiken van video's en persoonlijkheidstesten. Tekstbestanden zullen worden gefilterd op woorden die een bijzonder persoonsgegeven 'onthullen'. Verder kan gedacht worden aan de volgende zorgvuldigheidseisen. Bij het samenstellen van de trainingsdataset wordt voor elke categorie van persoonsgegevens zoveel mogelijk aangegeven waarom deze relevant zou kunnen zijn en gebruik van gegevens uit het privéleven die op het oog niet relevant zijn voor de functie, zoals relationele gegevens of financiële historie, moet terughoudend zijn en bijvoorbeeld worden beperkt tot gevallen waarin het beslialgoritme er aantoonbaar beter door presteert.

Als de trainingsdataset op die manier zorgvuldig is samengesteld en de effectiviteit ervan getoetst, dan moet nog worden gecontroleerd of het beslialgoritme geen discriminatoire, foutieve of ongerechtvaardigde resultaten oplevert, bijvoorbeeld door de spreiding van de resultaten over verschillende doelgroepen te beoordelen en zo nodig te corrigeren. Ten slotte wordt aan de kandidaat uiteraard alleen toegestane informatie uitgevraagd, en wordt de onderliggende logica van het beslialgoritme aan de kandidaat uitgelegd. Voor wat betreft de uitlegbaarheid van het beslialgoritme spelen vergelijkbare vraagstukken als wij in paragraaf 8.4.3 bespraken.

8.5 Meerwaarde van ML-algoritmes bij personeelsselectie

Uit het voorgaande blijkt dat het gelijkebehandelingsrecht en het gegevensverwerkingsrecht flink wat eisen stellen aan personeelsselectie. Als deze regels zonder meer worden toegepast op datagedreven personeelsselectie, vormt dit een niet gemakkelijk te overwinnen obstakel. Wij menen desalniettemin dat het gegevensverwerkingsrecht en het gelijkebehandelingsrecht mogelijkheden bieden voor een aan het gebruik van algoritmes aangepaste interpretatie waarin, onder voorwaarden, ruimte wordt gelaten voor het gebruik van ML-algoritmes. Deze aangepaste interpretatie zou kunnen gelden voor selectie, maar wellicht ook breder bij het toedelen van klussen, beoordelen van geschiktheid van zittend personeel, etc. Werkgevers hebben daarbij een te respecteren belang, omdat het efficiënt kan zijn.⁹⁷ Zwaarwegender in onze optiek is dat de inzet van ML-algoritmes juist ook zou kunnen bijdragen aan betere en rechtvaardigere besluitvorming. Het gebruiken van meer – en met name de juiste – informatie bij het selecteren van werknemers kan zorgen voor objectievere en minder discriminatoire aanstellingsbeslissingen. Wij lichten hierna de mogelijke meerwaarde van datagedreven selectiemethodes toe.

8.5.1 *Datagedreven selectie biedt kansen voor gelijke behandeling*

In veel onderzoeken is bevestigd dat mensen minder rationeel beslissen dan ze zelf denken, en ook met de beste intenties onbewust beïnvloed kunnen worden door vooroordelen.⁹⁸ In feite zijn mensen zelf ook een 'black box'. Door het bestuderen van een 'menselijke' beslissing

97 Illustratief is CGB 2008-42. Het voeren van gesprekken met tachtig kandidaten is geen redelijk alternatief.

98 Zie voor voorbeelden uit de populair-wetenschappelijke literatuur Kahneman 2011 of Banjali & Greenwald 2013. Dit effect is groter naarmate de beslissing ongestructureerder is. Zie Kleinberg, Ludwig, Mullainathan & Sunstein 2018, p. 120.

in een enkele reguliere selectieprocedure is dit niet goed bloot te leggen. Desgevraagd zullen de beslissers bijna altijd wel relevante eigenschappen van de gekozen kandidaat kunnen noemen die de afgewezen kandidaten niet hadden. Om toch discriminatie bloot te leggen zoekt men bij de reguliere sollicitatiemethode soms zijn toevlucht tot de al genoemde 'praktijktests',⁹⁹ maar dit is geen oplossing voor de ontwerpfase van een selectieprocedure.

Datagedreven personeelsselectie, mits goed en met voldoende oog voor de potentieel discriminatoire effecten uitgevoerd, biedt de volgende concrete kansen voor gelijke(re) behandeling. Ten eerste kan het leiden tot meer gestructureerde besluitvorming. Het zorgvuldig ontwerpen van een datagedreven selectieprocedure kan bijvoorbeeld resulteren in een veel uitgebreidere en een meer geëxpliciteerde set functie-eisen en prestatie-indicatoren. Dit verkleint op zichzelf reeds de kans op onbewuste discriminatie.

Een tweede voordeel is dat de ontwerper die streeft naar een eerlijk ML-algoritme gedwongen wordt veel preciezer na te denken over de doelstellingen die hij wil verwezenlijken met het ML-algoritme en de mogelijke bedreigingen die dat oplevert voor het beginsel van non-discriminatie. Bij het ontwerpen kan zodoende bewuster rekening worden gehouden met het risico van discriminatie, bijvoorbeeld bij het aanleveren van functionarisprofielen en het vaststellen van outputvariabelen. Potentieel discriminerende onderdelen van selectieprocedures zouden bovendien met behulp van ML-algoritmes meer geobjectiveerd kunnen worden, of anders geschrapd. Denk aan het inschatten van persoonlijkheidskenmerken zoals 'team-player', of 'in het team passen'. Dit zijn kenmerken die in de klassieke sollicitatieprocedure vaak intuïtief – en mogelijk op discriminatoire wijze – de doorslag kunnen geven tussen twee gelijkwaardige kandidaten.

Het derde voordeel, dat in onze optiek een bijzonder grote meerwaarde van het gebruik van ML-algoritmes is, is dat bij het ontwerpen van het algoritme kan worden beoordeeld wat de effecten van de beslisfunctie zijn op de verschillende, daardoor geraakte groepen. Het wordt mogelijk een vergelijking te maken, door bijvoorbeeld te vragen wat voor uitkomsten het oplevert als een 'goede werker' wordt gedefinieerd als iemand die nooit te laat komt of juist als iemand die nooit te vroeg weggaat. Een *subsidiariteitstoets* wordt mogelijk: kan gekozen worden voor alternatieve outputvariabelen die gelijkwaardig zijn, maar minder impact hebben op beschermde subgroepen?¹⁰⁰ In gevallen waarin op grond van de AVG een gegevensbeschermingseffectbeoordeling moet worden uitgevoerd (bijvoorbeeld als sprake is van profilering, zie par. 8.4.3), is dit in elk geval een uitgelezen moment om hier aandacht aan te besteden.

Het vierde voordeel is bovendien dat al deze keuzes kunnen worden gedocumenteerd als bewijs van het al dan niet naleven van het gelijkebehandelingsrecht. Het expliciet maken van de afwegingen en het kwantificeren en vastleggen van keuzes bij het vaststellen van functie-eisen en prestatie-indicatoren is een stap die in reguliere selectieprocedures minder vaak zal plaatsvinden, laat staan dat er gegevens over voorhanden zullen zijn. Aldus kan het gebruik van ML-algoritmes de waarheidsvinding bevorderen.

⁹⁹ Hiermee wordt bedoeld het toesturen van gelijkwaardige cv's met verschillende namen. Zie in meer detail CRM 2019.

¹⁰⁰ Kleinberg, Ludwig, Mullainathan & Sunstein 2018, p. 120.

8.5.2 Mogelijkheden om datagedreven werving en selectie te faciliteren

Om het benutten van de beschreven kansen te bevorderen, doen wij een aantal aanbevelingen.

Onze eerste aanbeveling is een oproep tot meer samenwerking tussen datawetenschappers en juristen met kennis van het toepasselijke recht. In de inleiding vermeldde wij al dat vanuit verschillende hoeken aanbevelingen worden gedaan of randvoorwaarden worden geformuleerd voor het verantwoord omgaan met gebruik van algoritmes bij besluitvorming. Doorgaans betreft het documenten met een hoog abstractieniveau. Een voorbeeld zijn de 'Ethische Richtsnoeren voor Betrouwbare KI' van de Europese Unie.¹⁰¹ Deze aanbevelingen moeten verder geconcretiseerd worden voor de relevante toepassingsdomeinen, zoals personeelsselectie of de platformsector. Ook is nodig dat de verschillende door ons belichte keuzes (o.a. par. 8.3.4) die bij het ontwerpen van een ML-algoritme kunnen worden gemaakt, vanuit verschillende hoeken worden belicht.

Onze tweede aanbeveling is om het discriminatieverbod en het gegevensbeschermingsrecht aldus uit te leggen of in te richten dat het gebruik van de beschermde kenmerken toegestaan is, voor zover dit modellen nauwkeuriger maakt en meer in lijn met noties van rechtvaardigheid.¹⁰² Concreter gesteld bevelen wij aan om toe te staan dat met behulp van gegevens over beschermde kenmerken in de dataset, discriminatie mag worden gekwantificeerd en gecorrigeerd. Voorwaarde zou moeten zijn dat de kenmerken niet *ten nadele* van beschermde groepen terechtkomen in het beslialgoritme, en slechts onder voorwaarden ten voordele van deze groepen. Desgewenst kan hiervoor de mogelijkheid tot voorkeursbehandeling naar Nederlands recht worden uitgebreid (zie par. 8.3.3). Onderzocht moet worden hoe het gegevensbeschermingsrecht dit zou kunnen faciliteren.

Onze derde aanbeveling ziet erop dat meer duidelijkheid komt ten aanzien van de eisen die gesteld worden aan discriminatievrije selectie, al dan niet met behulp van algoritmes. Naar onze mening is naar huidig recht ook voor reguliere selectieprocedures te weinig geconcretiseerd onder welke voorwaarden een selectieprocedure discriminatievrij is ingericht. Een meer uitgewerkte (Europese) benadering zou kunnen worden gemodelleerd naar de huidige Amerikaanse richtlijnen voor het vaststellen van discriminatie bij werving en selectie. Al in 1978 heeft de Amerikaanse overheid de Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures aangenomen.¹⁰³ Daarin zijn maatstaven neergelegd voor het gebruik van personeelsselectie om indirecte ongelijke behandeling (*adverse impact*) mee te bestrijden, onder andere via vereisten van validering en documentatie. De richtlijnen werken met een vuistregel volgens welke de 'selection rate' van verschillende beschermde

101 Europese Commissie (AI HLEG) 2019; Een kernaanbeveling is de volgende: "Zorg ervoor dat de ontwikkeling, de installatie en het gebruik van KI-systemen voldoen aan de vereisten voor betrouwbare KI: 1) menselijke controle en menselijk toezicht, 2) technische robuustheid en veiligheid, 3) privacy en datagovernance, 4) transparantie, 5) diversiteit, nondiscriminatie en rechtvaardigheid, 6) milieu- en maatschappelijk welzijn en 7) verantwoordingsplicht."

102 Bijvoorbeeld Kim 2017, Žliobaitė & Custers 2016, p. 183-201, Williams, Brooks & Shmargad 2018, p. 78-115, Kleinberg, Ludwig, Mullainathan & Rambachan 2018, p. 22-27 en Gillis & Spiess 2019. Zie ook Barocas, Hardt & Narayanan 2019, p. 43 e.v.

103 Uniform Guidelines on Employee Selection Procedure (1978); 43 FR 2014 (25 augustus 1978).

groepen in een sollicitatieprocedure een aanwijzing kan opleveren dat een procedure al dan niet discriminatoir was. Het wordt als problematisch beschouwd als de kans dat (bijvoorbeeld) een vrouw geselecteerd wordt minder dan 80% is van de selectiekans van mannen. Is dat het geval, dan moet de werkgever aantonen dat de selectiemethode 'gevalideerd' is (gerechtvaardigd kan worden). Op hoofdlijnen gaat het er hierbij om dat de selectiemethode uit relevante criteria is opgebouwd, objectief en fair is en voldoet aan bepaalde statistische eisen. In de richtlijnen wordt verder vrij uitvoerig uitgewerkt hoe deze validatie kan worden geleverd, waarbij de werkgever verschillende technieken kan gebruiken afhankelijk van de gekozen selectiemethode. De richtlijnen zijn ook van toepassing op personeelsselectie met gebruik van kunstmatige intelligentie.¹⁰⁴ Wij bevelen aan om een Europese of Nederlandse variant van deze richtlijnen te maken, die bovendien de validatie-eisen voor het gebruik van ML-algoritmes preciseert.

In het Europese en Nederlandse gelijkebehandelingsrecht is nog maar heel sporadisch terug te vinden dat de (historische) uitkomsten van selectieprocedures bij een specifieke werkgever een aanwijzing voor discriminatie zijn. In *Feryn* is wel aangenomen dat een vermoeden van discriminatie gewekt door discriminatoire uitlatingen, kon worden weerlegd door te laten zien dat de werkgever op proportionele wijze mensen uit beschermde groepen had aangenomen.¹⁰⁵ Dit kan een aanknopingspunt zijn voor het toestaan van algoritmes als die aantoonbaar tot een evenredig aantal selecties van kandidaten uit verschillende subgroepen leiden. Het bestrijden van discriminatie zou dan ook een gerechtvaardigde grondslag voor gegevensverwerking kunnen opleveren in de zin van art. 6 lid 1 sub f AVG. Is er wel een *bias* richting een bepaalde groep, dan zou moeten worden aangetoond met daartoe geëigende middelen – zoals bijvoorbeeld audits¹⁰⁶ of gegevens over het ontwerpproces – dat de methode valide is en/of dat is getracht bij het ontwerpen van de selectieprocedure discriminatie te voorkomen, en dat de gebruikte gegevens daarvoor relevant waren. Daarbij moeten uiteraard de eisen van het gelijkebehandelingsrecht en het gegevensverwerkingsrecht in acht worden genomen die in de vorige paragrafen zijn besproken.

8.6 Conclusie

Wij hebben in dit hoofdstuk besproken aan welke regels een (platform)werkgever zich moet houden als hij een selectieprocedure wil opzetten met behulp van ML-algoritmes. Wij hebben geconstateerd dat het gelijkebehandelingsrecht en het gegevensbeschermingsrecht behoorlijk wat obstakels opwerpen voor een dergelijke selectieprocedure. Belangrijk probleem is dat ML-algoritmes worden gebruikt om zeer complexe verbanden tussen variabelen op te sporen en rekenkundig samen te vatten; de beslisregel die hiermee wordt verkregen, is vaak heel moeilijk uit te leggen. Voor het gegevensverwerkingsrecht moet in beginsel voorafgaand aan de bewerking worden aangetoond dat en waarom de daarvoor

104 Zie § 1607.2 Uniform Guidelines on Employee Selection Procedure (1978); 43 FR 2014 (25 augustus 1978) en de toelichting daarop; <https://www.dol.gov/agencies/ofccp/faqs/employee-selection-procedures> (laatstelijk geraadpleegd op 13 november 2020).

105 HvJ EU 10 juli 2008, C-54-07, ECLI:EU:C:2008:397 (*Feryn*); zie ook Hof Amsterdam 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4132, JAR 2014/294, volgens welke de achterstand van vrouwen in een bepaalde sector aan een vermoeden van discriminatie bijdraagt.

106 Zie Sandvig, Hamilton, Karahalios & Langbort 2014.

gebruikte persoonsgegevens relevant zijn voor de selectieprocedure. Voor het gelijkebehandelingsrecht moet bij een vermoeden van discriminatie worden gerechtvaardigd wat de selectiecriteria zijn en hoe zij zich tot elkaar verhouden. In het gelijkebehandelingsrecht en het gegevensverwerkingsrecht worden voorts variabelen aangewezen, die helemaal niet gebruikt mogen worden. Ten slotte stelt het gegevensverwerkingsrecht de eis dat de hele procedure en de uitkomst ervan, inclusief het gewicht van de gebruikte variabelen, op transparante en begrijpelijke wijze moet kunnen worden uitgelegd aan kandidaten.

Er zijn dus drempels, maar er zijn ook voordelen te onderkennen. Daarom zou het een gemiste kans zijn om het gebruik van ML-algoritmes bij personeelsselectie af te schrijven. ML-algoritmes zouden juist een bijdrage kunnen leveren aan het bestrijden van discriminatie bij selectie, bijvoorbeeld omdat effectief kan worden gezocht naar selectiecriteria die zowel goede kandidaten opleveren, als een evenredigere spreiding over verschillende groepen. Als dat lukt, zou het meteen een legitiem doel voor het gegevensverwerkingsrecht kunnen opleveren.

De vierde industriële revolutie en de ontwikkelingen op het gebied van artificiële intelligentie worden vooralsnog vooral door de inventiviteit en expertise van datawetenschappers gedreven. Het is de hoogste tijd dat ook wij als juristen onze rol claimen bij het ontwerpen en evalueren van ML-algoritmes. Met de juiste juridische en ethische randvoorwaarden, zijn er volop kansen te benutten.

Risico's en kansen van grenzeloos online (platform)werken

Mijke Houwerzijl & Bas Rombouts

9.1 Inleiding

De voortschrijdende platformisering en digitalisering van werk brengt een toekomst dichterbij waarin de wereld daadwerkelijk ons werkerterrein kan worden. Zo is het in de digitale platformeconomie gemakkelijker dan in de traditionele economie om 'anywhere' te werken. In het bijzonder geldt dat voor zogenoemd 'online crowdwork' (hierna: 'crowdwork'), bestaande uit digitaal te verrichten internetklussen.¹ "Je hoeft alleen maar je laptop open te slaan en je kunt werken waar en wanneer je maar wilt, voor opdrachtgevers verspreid over de hele wereld. Even snel een enquête invullen of een tekstje vertalen om zo wat euro's binnen te harken."² Naast een platformeconomie die zich richt op lokale klusjes ('gigs'), zoals maaltijdbezorging of een taxirit, bestaat er dus ook een 'onzichtbare' platformeconomie die zich geheel online afspeelt, waar crowdworkers internetklussen doen voor opdrachtgevers over de hele wereld. Dergelijk, zowel digitaal aangeboden als digitaal uitgevoerd platformwerk is in principe niet gebonden aan het grondgebied van een specifiek land, noch aan een specifieke tijdzone. Of het nu gaat om online microtasks³ of om grotere en meer gespecialiseerde opdrachten voor freelancers, zoals programmeren of het vertalen van teksten, technisch gezien kan crowdwork vaak net zo goed worden verricht binnen als buiten het land waar de afnemer van de digitale dienst en/of het platform (formeel) is gevestigd. In hoeverre vraagt deze ontwikkeling naar een mondiale crowdworkarbeidsmarkt ook om een wereldwijd arbeidsvoorwaardenkader?

Bij online werken valt ook te denken aan de opmars van digitaal werken op afstand door werknemers in dienst bij traditionele bedrijven. In een door Eurofound in samenwerking met de International Labour Organisation (ILO) uitgevoerd onderzoek uit 2017, wordt dit aangeduid als 'telework/ICT-mobile work' (hierna: 'telewerken' of 'digitaal thuiswerken').

- 1 Alhoewel de term 'crowdwork' ook wel eens gebruik wordt als overkoepelende term (en dus mede omvattend platformwerk op locatie door bijvoorbeeld Uber-chauffeurs en Deliveroo-maaltijdbezorgers), reserveren we de term in dit hoofdstuk puur voor platformwerk dat digitaal (en dus via de virtuele 'cloud') verricht wordt.
- 2 Jonathan Janssen, 'Een onzichtbare economie zonder regels: werken via internet voor opdrachtgevers van over de hele wereld', *Trouw*, 8 maart 2021.
- 3 "Taakjes die in een paar seconden of paar minuten kunnen worden afgerond en waarmee de 'klikwerker' een paar cent kan verdienen, zoals het invullen van een enquête of het aanklikken van gezichten op foto's", aldus Janssen, *Trouw* 8 maart 2021.

Daarvan wordt de volgende definitie gegeven: 'the use of ICT – such as smartphones, tablets, laptops and desktop computers – for the purposes of work outside the employer's premises'.⁴ Sinds de wereldwijde restricties om buitenshuis te werken in verband met de coronapandemie, is deze vorm van digitaal en plaatsonafhankelijk werken plotseling gemeengoed geworden. Volgens velen zal ook na het bedwingen van de pandemie de nadruk steeds minder komen te liggen op fysieke aanwezigheid op een specifieke plaats binnen het directe gezichtsveld van de werkgever. Digitaal thuiswerken wordt inmiddels gezien als een blijvertje en in de politiek en door sociale partners wordt momenteel druk nagedacht over de wijze waarop dit geïnstitutionaliseerd kan worden.⁵ Ligt daarmee ook een toekomst van digitaal thuiswerken over de landsgrenzen heen in het verschiet?

Hieronder gaan we in de eerste plaats nader in op het fenomeen crowdwork aan de hand van (voornamelijk) ILO-studies (par. 9.2) en leggen we vervolgens deze specifieke vorm van online platformarbeid langs de meetlat van fundamentele ILO-Conventies (par. 9.3). Daarna verkennen we kort een aantal toekomstscenario's voor 'decent crowdwork' (par. 9.4), waarbij we stuiten op de internationaal privaatrechtelijke en socialezekerheidscoördinatierechtelijke aspecten van plaatsonafhankelijk digitaal (platform)werken. Werk dat niet aan landsgrenzen gebonden is, valt ook juridisch niet in één land te lokaliseren. Een soortgelijke juridische complexiteit ontstaat bij digitaal thuiswerken in transnationaal verband. Aan de hand van een casus van (deels) thuis telewerkende grensarbeiders in dienst van een traditioneel bedrijf binnen de EU, schetsen we het juridische labirint waarin werkgevers dan verstrikt kunnen raken (par. 9.5). Tot slot volgt een korte, samenvattende conclusie (par. 9.6).

9.2 Crowdwork in ILO-optiek

Gelet op de wereldwijde reikwijdte van crowdwork is het zeer opportuun om vanuit het perspectief van de ILO naar dit nieuwe fenomeen te kijken.⁶ Mede met het oog op de relevantie van de ILO-Verdragen als (minimum) normatief kader, heeft de ILO al veel onderzoek (laten) verricht(en) naar platformwerk, waaronder specifiek naar crowdwork. Zo omvat haar zogeheten 'Future of Work Initiative'⁷ een wereldwijd (en doorlopend geactualiseerd) overzicht van de aandachtspunten aangaande 'digital labour platforms' en de wijze waarop 'decent work' (als hoofddoel van de ILO) daarbij bereikt en gewaarborgd kan worden.⁸

4 Eurofound & ILO 2017, p. 3. Zie voorts Eurofound 2020, waarin de prevalentie en de arbeidsvoorwaardenontwikkeling van telewerken in de EU beschreven wordt. Zie tevens voor continue updates sinds de coronacrisis: <https://www.eurofound.europa.eu/topic/teleworking>.

5 Zie Voorstel van wet tot wijziging van de Wet flexibel werken in verband met het bevorderen van flexibel werken naar arbeidsplaats (Wet werken waar je wilt), *Kamerstukken II* 2020/21, 35714; Vegter 2021; Bérastégui 2021; Denktank Coronacrisis, *Mobiliteit en de coronacrisis*, SER: juni 2020.

6 Vgl. Perulli & Treu (eds.) 2021 (in het bijzonder 'Part I: The Future of Work in the ILO Perspective').

7 ILO, Future of Work Initiative: 'The road to the Declaration', https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_546802/lang--en/index.htm.

8 Zie: ILO 2021; ILO 2018a; ILO 2019a; ILO 2016a; ILO 2016b; ILO 2016c; ILO 2019b; ILO 2018b.

9.2.1 Declaration for the Future of Work

In juni 2019 werd door de Internationale Arbeidsconferentie, het wetgevende orgaan van de ILO, de 'ILO Centenary Declaration for the Future of Work' aangenomen.⁹ In deze Declaratie worden lidstaten opgeroepen middels beleid en andere maatregelen in te spelen op de uitdagingen en kansen die platformwerk en de bredere digitale transformatie met zich brengt.¹⁰ Het is volgens de Centenary Declaration van groot belang dat alle werkenden – dus ook crowdworkers en andere platformwerkers – adequate bescherming genieten. Deze bescherming moet bezien worden in het licht van de 'Decent Work Agenda', een constitutioneel beleidskader voor het handelen van de ILO.¹¹

Belangrijke uitgangspunten voor deze bescherming worden in een rapport dat ten grondslag ligt aan de Centenary Declaration omschreven als de 'Universal Labour Guarantee'¹² en bestaan uit: (1) respect voor de fundamentele rechten van werkenden (het verbod op kinderarbeid, het verbod op dwangarbeid, non-discriminatie en gelijke behandeling, vakbondsvrijheid en het recht op collectief onderhandelen),¹³ (2) een adequaat minimumloon, (3) maximumarbeidstijden en (4) veilige en gezonde arbeidsomstandigheden.¹⁴

In dit door de Global Commission on the Future of Work gepubliceerde rapport worden toekomstige werkgerelateerde uitdagingen geanalyseerd en voorstellen gedaan, mede ten aanzien van crowdwork. Het idee is om de geïdentificeerde risico's te lijf te gaan middels een 'human-centred approach' waarbij *alle* werkenden bescherming genieten.¹⁵ Benadrukt wordt hierbij dat het universele mandaat van de ILO zich ook uitstrekt tot het bevorderen van de bescherming van de rechten van werkenden in het informele arbeidsproces, zelfstandigen en platformwerkers.¹⁶ Hieronder gaan we nader in op een aantal bevindingen in de studies van de ILO specifiek ten aanzien van crowdwork.

9 International Labour Conference, *ILO Centenary Declaration for the Future of Work, Adopted by the Conference at its one hundred and eighth session*, Geneva, 21 June 2019.

10 Centenary Declaration for the Future of Work, 2019, Section III.C. paragraaf (v).

11 Zie: ILO, 'Decent Work', <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--en/index.htm>. De Decent Work Agenda kent vier centrale pijlers: bescherming van rechten van werkenden, het creëren van duurzaam werk, het bevorderen van sociale bescherming (sociale zekerheid) en het bevorderen van de sociale dialoog.

12 Global Commission on the Future of Work 2019, p. 38-39: "[A]ll workers, regardless of their contractual arrangement or employment status, must equally enjoy adequate labour protection to ensure humane working conditions for everyone. (...) The Universal Labour Guarantee provides a protection floor which can be raised through collective agreements or laws and regulations. It offers a starting point from which to build inclusive labour market institutions."

13 De fundamentele arbeidsnormen van de ILO zijn vervat in een achttal Fundamentele Conventies aangaande vier thema's. Zie ook: *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, Adopted by the International Labour Conference at its Eighty-sixth Session*, Geneva, 18 June 1998.

14 Centenary Declaration for the Future of Work, 2019, Section III.B. paragraaf (i) t/m (iv).

15 Global Commission on the Future of Work 2019, p. 24.

16 Global Commission on the Future of Work 2019, p. 14.

9.2.2 Studies naar crowdwork

Omtrent de feitelijke positie van online crowdworkers publiceerde de ILO in 2018 het onderzoeksrapport 'Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world'.¹⁷ In deze studie zijn de uitkomsten verwerkt van interviews met 3500 werkenden uit 75 verschillende landen die actief zijn op vijf grote 'microtask platforms'.¹⁸ Aan microtasks is behoefte, omdat 'today's artificial intelligence can't function without humans in the loop'. Of het nu gaat om het digitaal leveren van een relevante nieuwsfeed of het uitvoeren van een gecompliceerde pizzabestelling, de algoritmes schieten regelmatig tekort bij het klaren van de klus. In dat kader doen duizenden bedrijven een beroep op mensen om de gaten te vullen die AI (kunstmatige intelligentie) laat vallen. Dit onzichtbare menselijke werk achter de computerschermen wordt wel aangeduid als virtueel lopendebandwerk.¹⁹

Zo wordt via het Amerikaanse *Amazon Mechanical Turk* (AMT) en het Duitse *Clickwork* 'digitale stukarbeid' aangeboden. Het gaat hierbij om kleine simpele administratieve opdrachten.²⁰ AMT noemt dit 'Human Intelligence Tasks' (HITs), met een duur van soms slechts een paar minuten. De vele HITs zijn in feite een opsplitsing van grotere projecten of structurele activiteiten. Het uitzetten hiervan als online microtaken, leidt ertoe dat wat anders onderdelen van een fulltime baan hadden kunnen zijn, wordt uitgevoerd door vele handen van een anonieme en vluchtige menigte. Naar analogie van de term 'crowdfunding', wordt daarom wel gesproken over 'crowdwork'.²¹ Dit is werk dat gedaan kan worden als 'je een uurtje over hebt', of in de tien minuten dat 'je in de bus zit'. Voor de microtaken geldt veelal ook een microvergoeding: afhankelijk van de moeilijkheidsgraad en benodigde tijd liggen de bedragen per taak meestal tussen de € 0,05 en € 5,00.²² Soms vindt betaling zelfs plaats in andere vorm (bijvoorbeeld bitcoins) of worden de taken onderdeel gemaakt van een spel waarmee je punten kunt verdienen (gamification). Het Duitse platform Clickworker heeft in 2021 naar eigen zeggen 'more than 2.8 million internet-savvy people from all over

17 ILO 2018a.

18 Amazon Mechanical Turk (AMT), CrowdFlower, Clickworker, Microworkers and Prolific. Zie: ILO 2018a, p. 2. De diversiteit van de leverancierslanden van de crowdworkers toont het echt mondiale karakter van deze platforms aan.

19 Gray & Suri 2019, p. 3.

20 Zoals informatie zoeken op websites; gegevens invullen; tekst inspreken, telefoonnummers opzoeken en invoeren in een database; categoriseren van producten. "Veel van deze taken zijn niet ingewikkeld, maar nemen simpelweg teveel tijd in beslag voor de bedrijven om zelf te doen", aldus informatie op de website: <http://zakelijk.infonu.nl/banen/169994-clickworker-wat-is-het.html>.

21 Howe 2006, ook aangehaald in Houwerzijl 2017a.

22 Uitbetaling vindt plaats via betaalplatforms als PayPal. "In tijden met grote hoeveelheden werk is het goed mogelijk om een paar honderd euro te verdienen in een maand. Daarnaast zijn er regelmatig prijzen te winnen door mee te doen met wedstrijden of andere acties. Volgens Clickworker zijn de gemiddelde verdiensten \$ 9.00 per uur." Aldus de informatie op <http://zakelijk.infonu.nl/banen/169994-clickworker-wat-is-het.html>. Een review van Clickworker (Ben Taylor, 23 april 2021) corrigeert dit beeld: "When I re-checked the FAQs in September 2020, the company seems to have removed this bold prediction and given a more realistic prediction of variable earnings", zie: Clickworker Review 2021: Read This Before You Join. (homeworkingclub.com).

the world, our so-called Clickworkers'.²³ De standaardtarieven die worden geboden voor de eenvoudige microtaken zijn voor westerse begrippen veelal laag, maar kunnen voor werkenden in ontwikkelingslanden aantrekkelijk zijn. De enige voorwaarden om deel te kunnen nemen aan deze online internationale uitwisseling van diensten zijn een goede digitale connectie en Engelse taalvaardigheid.²⁴

Begin 2021 publiceerde de ILO een aanvullend rapport over 'the role of digital labour platforms in transforming the world of work', waarbij ook de (eerste) effecten van de COVID-19-crisis op de ontwikkeling van online crowdwork zijn meegewogen. Uit deze laatste studie blijkt dat het aantal crowdworkers dat zich aanbiedt voor internetklussen sinds het begin van de pandemie enorm is toegenomen. De meerderheid van deze crowdworkers komt uit 'lagelonenlanden'.²⁵ Het aantal crowdworkplatforms is bovendien in de afgelopen tien jaar wereldwijd verdrievoudigd, van 87 bedrijven in 2010 naar 283 in 2020.²⁶ Het gaat daarbij niet alleen om platforms voor microtasks, maar ook om platforms die zich richten op grotere freelance opdrachten. Sommige van deze platforms profileren zich als een 'global workspace', een echte arbeidsmarkt zonder grenzen, waarbij sprake is van directe concurrentie op wereldschaal tussen werkenden om de aangeboden online werkzaamheden. Wie op een website als Upwork een 'call' plaatst voor het maken van een website, kan kiezen uit offertes die qua prijs uiteenlopen van 1500 USD tot 200 USD, al naar gelang het bod uit Amerika of de Filippijnen komt.²⁷

9.2.3 Kenmerken en motieven van crowdworkers

Online platformwerk heeft onmiskenbaar een drempelverlagend effect voor het verschaffen van werk aan groepen die in de traditionele 'offline' arbeidsmarkt doorgaans meer moeite hebben met het vinden van werk.²⁸ Dit kan in het bijzonder kansen bieden voor laagopgeleide werklozen die veelal zijn aangewezen op de informele sector in ontwikkelingslanden. Digitale platformarbeid zou voor hen duurzame werkgelegenheid bevorderen.²⁹ Sympathiek

23 <https://www.clickworker.com/clickworker-crowd> (laatst geraadpleegd op 30 mei 2021). Ter vergelijking: in 2016 waren er zo'n 700.000 deelnemers in 155 landen (zie Houwerzijl 2017b) en in 2018 meer dan 1 miljoen (<http://zakelijk.infonu.nl/banen/169994-clickworker-wat-is-het.html>).

24 Zie <http://zakelijk.infonu.nl/banen/169994-clickworker-wat-is-het.html>: "De belangrijkste testen die je maakt zijn er simpelweg om je Engelse taalvaardigheden vast te stellen."

25 Bangladesh, Egypte, de Filipijnen, Pakistan, Indonesië en Vietnam en de Europese landen Polen, Wit-Rusland, Roemenië, Servië, Armenië en Oekraïne worden genoemd als landen met veel crowdworkers. Laatstgenoemd land staat zelfs vierde op de ranglijst van leveranciers van crowdworkers, aldus een deelstudie voor de ILO van Aleksynska et al. 2018. De VS en China zijn zowel grote leveranciers als afnemers (ongeveer 70% van de wereldwijde inkomsten die via deze platforms worden gegenereerd, is geconcentreerd in deze landen, aldus ILO 2021, p. 242). Nederland en Duitsland staan in de top 20 van afnemers van crowdwork, zie Horton e.a. 2017.

26 ILO 2021, p. 245. In deze studie, gebaseerd op surveys en interviews met ongeveer 12.000 werkers en vertegenwoordigers van 85 bedrijven wereldwijd in verschillende sectoren, ging het om zowel online web-based platforms (crowdwork) en location-based platforms ('gigwork' zoals maaltijdbezorging e.d.).

27 Felstiner 2011, p. 150.

28 ILO 2021, p. 18, 243.

29 Schriner en Oerther zien crowdwork zelfs als de 'silver bullet' om structurele armoede tegen te gaan. Zie: Schriner & Oerther 2014, p. 225.

zijn ook initiatieven om vluchtelingen te helpen aan crowdwork. Zo gebruikt het Britse bedrijf Chatterbox zijn platform om telewerkers in Syrische vluchtelingenkampen te verbinden met gebruikers in vele andere landen die betalen om Arabisch te leren. En in het verleden hebben buitenlandse bedrijven crowdworkplatforms gebruikt om Keniaanse burgers die in vluchtelingenkampen wonen, in te schakelen voor uiteenlopende taken als computerprogrammering en klantenondersteuning.³⁰ Tegelijkertijd blijkt uit het ILO-rapport van 2018 dat een grote meerderheid van de crowdworkers die online microtaken verrichten, niet laagopgeleid en tevens vaak niet werkloos zijn. De crowdworkers komen grotendeels uit stedelijke gebieden en zijn veelal goed geschoold; slechts 18% heeft alleen een basisschooldiploma of minder, terwijl 37% een bachelordiploma en 20% zelfs een hoger diploma heeft behaald, voornamelijk in exacte wetenschappen.³¹ De crowdworkers zijn verder van alle leeftijden en de gemiddelde leeftijd is 33,2 jaar. Slechts één op de drie personen is vrouwelijk en in lagelonenlanden is dit zelfs één op de vijf.³²

Als de twee belangrijkste redenen om voor crowdwork te kiezen, worden genoemd het aanvullen van loon uit ander betaald werk en de voorkeur om (vanuit) (t)huis te werken en de daarbij geboden vrijheid om zelf te kunnen bepalen wanneer er gewerkt wordt.³³ Daarnaast geeft 13% van de vrouwelijke deelnemers aan het onderzoek aan dat zij alleen vanuit huis kunnen werken in verband met zorgtaken, tegenover slechts 5% van de mannen. Veel van de vrouwelijke deelnemers zeggen met name in de avonduren of 's nachts te werken. Verder geeft 10% van de deelnemers aan wegens medische oorzaken geen ander werk te kunnen doen. Meer dan de helft van de onderzochte personen door wie het hoofdkomen via crowdwork wordt verdiend – en dit is ongeveer een derde van alle personen – werkte vroeger als werknemer.³⁴ De werkzaamheden bestaan uit afgebakende taken zoals het invullen van vragenlijsten, (online) meedoen met experimenten, data verzamelen, het raadplegen, duiden of verwijderen van ongewenste 'content' op webpagina's,³⁵ data verzamelen en tekst verwerken. De meeste van deze microtaken zijn erg eenvoudig en bestaan uit repetitieve handelingen. Ze corresponderen niet met het opleidingsniveau van de werkenden. De ILO wijst dan ook op de mogelijke relatie van een toename van crowdwork, in het bijzonder 'microtask work', en een toename van overgekwalficeerde werkenden. Dit zou haaks staan op onderwijs- en ontwikkelingsbeleid in lagelonenlanden, dat gericht is op het bevorderen van het aandeel technisch hoog gekwalificeerde werkenden in de beroepsbevolking.³⁶

30 Zie: Cherry 2019, p. 3, onder verwijzing naar Charles 2017 en naar Stephanie Hegarty, 'How Silicon Valley Outsources Work to African Refugees', BBC NEWS (June 18, 2011), <https://www.bbc.com/news/world-africa-13784487>, en de website van Samasource: <https://www.samasource.com/our-impact>.

31 ILO 2018a, p. xvi, 88.

32 ILO 2018a, p. xvi.

33 ILO 2018a, p. 44, xviii.

34 ILO 2018a, p. 37-40 en xvi.

35 Zoals ongewenste uitingen op Facebook, Twitter en andere sociale media. Zie Gray & Suri 2019, p. 4-5; Prassl 2018, p. 80.

36 ILO 2018a, p. 88-89.

9.2.4 Rechtspositie en arbeidsvoorwaarden bij crowdwork

Uit de ILO-studies rijst qua uitdagingen bij crowdwork ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, collectief organiseren en onderhandelen, sociale zekerheid en werkzekerheid, hetzelfde algemene beeld op als bij offline uitgevoerd platformwerk,³⁷ al lijkt de 'onzichtbaarheid' van crowdwork de problematiek nog iets te verscherpen. Net als platforms die zich richten op kluswerk op locatie, kiezen ook crowdworkplatforms er standaard voor om de werkers als zelfstandige te bestempelen. De – eenzijdig in een 'terms of service' verwoorde – arbeidsvoorwaarden moeten geaccepteerd worden voordat de werkzaamheden van start gaan.³⁸ Aangezien de aansturing en supervisie van crowdworkers vrijwel volledig via algoritmes verloopt, bestaat er een grotere kans op oneerlijke behandeling van de werker, bijvoorbeeld door het automatisch afwijzen van taken die net iets anders zijn uitgevoerd dan het algoritme vereist.³⁹ Zo is bij bijna negen op de tien crowdworkers er wel eens werk afgekeurd of betaling achterwege gebleven; slechts 12% van de respondenten vond dit gerechtvaardigd. Het ontbreken van een mechanisme om de crowdworker te informeren over wat er mis was met een afgekeurde taak is een van de grootste problemen die zij ervaren.⁴⁰ Veel van de ondervraagde crowdworkers zijn dan ook ontevreden over het ontbreken van een mogelijkheid om afwijzingen aan te vechten.⁴¹ De platforms hebben daarbij vaak slechts een eenzijdig evaluatiesysteem ('ratings'); er zijn geen mechanismen voor de crowdworkers om de cliënt of opdrachtgever te evalueren, laat staan het (intermediaire) platform zelf.⁴² Ondoorzichtige regels en procedures voor het verkrijgen van bepaalde kwalificaties en het voorkomen van afwijzingen, schorsingen en blokkades⁴³ leiden daarnaast tot veel frustraties en stress bij de crowdworkers.⁴⁴ Het gebrek aan transparantie is demotiverend, terwijl de afwijzing van uitgevoerde werkzaamheden inkomensderving tot gevolg heeft.⁴⁵ Alhoewel er wel online fora en groepen zijn opgericht voor vragen, advies of 'empowerment', is de meerderheid van de crowdworkers hier niet van op de hoogte.⁴⁶ Daarnaast zijn er zorgen en onzekerheden bij crowdworkers over de vaardigheden die ze opdoen bij het verrichten van online microtaken. Vaak wordt het werk niet als 'echt werk' gezien, zijn er twijfels over het opnemen van online platformwerkvaring op een curriculum vitae en biedt crowdwork ook weinig doorgroeimogelijkheden.⁴⁷

Hoe verhouden genoemde zorgen zich tot de fundamentele internationale arbeidsnormen? In de volgende paragraaf brengen we de aan crowdwork gerelateerde risico's in kaart vanuit het perspectief van de belangrijkste internationaal erkende arbeidsrechten. Hierbij komen

37 ILO 2021, p. 18.

38 ILO 2018a, p. xvi.

39 ILO 2018a, p. 73; ILO 2021, p. 244-245. Zie verder voor deze kenmerken van 'algorithmic management': Möhlmann & Zalmanson 2017, p. 4-5.

40 ILO 2018a, p. 79; 75.

41 ILO 2018a, p. 76-78.

42 ILO 2018a, p. 103.

43 Soms moet een minimum aan taken binnen een bepaalde tijd worden volbracht, maar vaak is onduidelijk hoeveel taken dit zijn.

44 ILO 2018a, p. 77.

45 ILO 2018a, p. 75.

46 ILO 2018a, p. 80.

47 ILO 2018a, p. 92.

tevens een aantal door de ILO gesuggereerde oplossingsrichtingen of 'best practices' aan bod en soms ook initiatieven in Nederland.

9.3 Crowdwork langs de meetlat van ILO-minimumnormen

De fundamentele arbeidsnormen van de ILO zijn verankerd in een achttal Fundamentele Conventies, die vier thema's betreffen: (1) vrijheid van vakvereniging en respect voor het recht op collectief onderhandelen, (2) gelijke behandeling en non-discriminatie in de context van werk, (3) minimumleeftijden en het effectief afschaffen van kinderarbeid en (4) de uitbanning van dwangarbeid. Krachtens de 'Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work' die de ILO in 1998 aannam, zijn ILO lidstaten verplicht om – zelfs als zij de Conventies niet hebben geratificeerd – de beginselen uit deze Conventies te respecteren.⁴⁸ Voor crowdworkers kunnen er met betrekking tot het realiseren van deze rechten specifieke problemen ontstaan. Ook met betrekking tot de overige rechten uit de Universal Labour Guarantee – veilige en gezonde arbeidsomstandigheden, fatsoenlijke arbeidstijden en een adequate beloning – zijn er aandachtspunten. Hieronder behandelen we steeds kort de materiële inhoud en reikwijdte van fundamentele arbeidsnormen en relateren deze vervolgens aan specifieke risico's voor online crowdworkers.

9.3.1 Vakbondsvrijheid en collectief onderhandelen

Rechten op vrijheid van (vak)vereniging en collectief onderhandelen worden beschouwd als de hoekstenen van 'industrial democracy' en waarborgen zeggenschap van werknemers- en werkgeversorganisaties bij het tot stand brengen van arbeidsvoorwaarden. In tegenstelling tot de overige fundamentele arbeidsnormen zijn deze rechten grotendeels procedureel van aard en kunnen zij de toegangspoort vormen voor het tot stand brengen van een groot aantal andere rechten, plichten en voorwaarden die de arbeidsrelatie beheersen. Het internationale normatieve kader is neergelegd in de twee meest bekende Conventies van de ILO: het Verdrag betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht (Conventie 87 uit 1948) en het Verdrag betreffende de toepassing van de beginselen van het recht zich te organiseren en collectief onderhandelen (Conventie 98 uit 1949).⁴⁹ Conventie 87 beoogt de onafhankelijkheid van werkgevers- en werknemersorganisaties te waarborgen en bescherming te bieden tegen inmenging in deze organisaties door de overheid of overheidsinstanties.⁵⁰ Conventie 98 is meer gericht op de relatie tussen het management van de onderneming en de werknemersverenigingen en verbiedt discriminatoire handelingen en inmenging in elkaars activiteiten en functioneren.⁵¹ Het gaat in beginsel om bescherming van de onafhankelijkheid van vakbonden en werkgeversorganisaties, wat wordt beschouwd als een kernvoorwaarde voor een effectief en democratisch systeem van collectieve arbeidsvoorwaardevorming.

48 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 1998, paragraaf 2. Nederland heeft alle Fundamentele Conventies geratificeerd (en ook het merendeel van de andere ILO-Conventies).

49 C087 – Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87). C098 – Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98).

50 C087, zie vooral art. 2, 3 en 4.

51 C098 – Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98), art. 1 en 2.

Alhoewel er soms initiatieven worden genomen om crowdworkers te organiseren, zoals bijvoorbeeld door de Duitse vakbond IG Metall,⁵² zijn er significante obstakels voor deze onzichtbare werkers om op een effectieve manier hun rechten op vereniging en collectief onderhandelen uit te oefenen. Een probleem is dat crowdworkers vaak over de hele wereld verspreid zijn en hun collega's over het algemeen helemaal niet kennen.⁵³ Gezien de stevige concurrentie en het feit dat reputatie en ratings een belangrijke rol spelen bij het behouden en verkrijgen van (meer) werk, kan het zo zijn dat crowdworkers zich niet willen of durven organiseren.⁵⁴ Het is volgens de aan het begin van paragraaf 9.2 geïntroduceerde Global Commission dan ook cruciaal om collectieve vertegenwoordiging van crowdworkers te bevorderen. Een aanbeveling van deze commissie aan vakbonden en ondernemers- en/of werkgeversorganisaties is om innovatieve manieren te gebruiken om de als zelfstandigen aangemerkte werkenden in de platformeconomie te bereiken en te betrekken bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.⁵⁵ Mededingingsrecht staat immers het collectief onderhandelen van zelfstandigen in hoge mate in de weg.⁵⁶ Gelet op deze barrière voor een volwaardige uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, worden initiatieven genomen zoals online fora en 'worker-owned platform cooperatives'.⁵⁷ Om een effectieve organisatie mogelijk te maken, zullen crowdworkers volgens de ILO een viertal hordes moeten nemen. Zij zullen het gemeenschappelijk belang moeten behartigen in plaats van slechts met elkaar te concurreren, één of meerdere (virtuele) ontmoetingsplaatsen moeten creëren, de wederpartij in het onderhandelingsproces moeten identificeren en daarna benaderen om daar hun collectieve claims in te dienen.⁵⁸

9.3.2 *Verbod op discriminatie inzake (toegang tot) werk, beloning en overige arbeidsvoorwaarden*

Discriminatie in de context van (toegang tot) werk is een wereldwijd en structureel fenomeen en vaak moeilijk te bewijzen. In het kader van de ILO zijn er verschillende instrumenten

52 Deze vakbond was nauw betrokken bij de oprichting van <http://faircrowd.work/>, samen met Oostenrijkse en Zweedse vakbonden. Zie ILO 2021, p. 216. De website vergelijkt en beoordeelt de arbeidsomstandigheden van verschillende platforms, zoals de verschillende courtagepercentages. Ook hebben (Duitse en Oostenrijkse) crowdworkers toegang tot elementaire juridische informatie en advies. Interessant is ook het initiatief van onderzoekers om een code of good practices & principles voor crowdworkplatforms te operationaliseren. Zie: 'Fairwork, Cloudwork Principles' (ILO 2021, p. 247).

53 ILO 2021, p. 215: uit landenrapportages en 'global surveys' blijkt dat slechts 5% van de microtask crowdworkers en 1% van de freelance crowdworkers zich collectief georganiseerd heeft.

54 De Stefano & Aloisi 2019, p. 364.

55 Global Commission on the Future of Work 2019, p. 12.

56 ILO 2021, p. 212. Zie tevens hoofdstuk 7 voor de Europese en Nederlandse problematiek op dit vlak.

57 Irani en Silberman ontwikkelden als studenten voor werkers op het platform Amazon's MTurk speciale feedbacksoftware om elkaar op de hoogte te stellen van oneerlijke en beledigende klanten. TurkOpticon, zoals de plug-in wordt genoemd, stelt hen in staat oneerlijke praktijken en beledigingen te melden en de snelheid van betaling te 'raten'. Zie ILO 2021, p. 248, Prassl 2018, p. 150 en Cherry 2019, p. 60-61 (waar zij ook verwijst naar interessante initiatieven voor 'platform co-ops').

58 ILO 2019b, p. 31-32. Zie het mede door IG Metall geïnitieerde ombudsman-project: <https://ombudsstelle.crowdwork-igmetall.de/en.html>. Hier zijn tot en met 2019 zo'n 44 zaken tussen crowdworkers en platforms via Online Dispute Resolution (ODR) behandeld (ILO 2021, p. 247).

die bepalingen over gelijke behandeling bevatten. Er zijn twee Fundamentele Conventies inzake gelijke behandeling: de algemene Conventie 111 betreffende discriminatie in arbeid en beroep en de specifieke Conventie 100 betreffende gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde.⁵⁹ Onder Conventie 111 zijn directe en indirecte discriminatie,⁶⁰ verband houdende met een zevental gronden – ras, huidskleur, geslacht, religie, politieke voorkeur, nationale afstamming of sociale afkomst –, verboden.⁶¹ Conventie 100 behelst één belangrijk beginsel: gelijke beloning voor werk van gelijke waarde voor mannelijke en vrouwelijke werknemer. Beoogd wordt de zogeheten loonkloof of 'gender wage gap' aan te pakken.⁶²

Discriminatie kan bij vormen van crowdwork een groot probleem vormen, bijvoorbeeld wanneer ongelijke behandeling is 'voorgeprogrammeerd' in de data die algoritmes toepassen bij de selectie van crowdworkers.⁶³ Ook heeft een aantal platforms de optie voor cliënten om te kiezen door wie het werk gedaan wordt, bijvoorbeeld alleen door personen uit een bepaalde regio. Zo kan het voorkomen dat bepaalde goedbetaalde 'gigs' niet beschikbaar worden gesteld voor crowdworkers in lagelonenlanden en dat discriminatie op grond van nationaliteit of geslacht voorkomt.⁶⁴ Er zijn bovendien grote verschillen qua verdiensten per regio.⁶⁵ Verder kunnen (expliciet of impliciet) bevooroordeelde reviews van gebruikers leiden tot ongelijke behandeling, aangezien deze reviews of ratings vaak van groot belang zijn voor kansen die crowdworkers krijgen binnen het platform.⁶⁶ Tevens zien we de loonkloof tussen mannen en vrouwen terug bij het online crowdwork; er worden significante verschillen geconstateerd tussen wat mannen en vrouwen verdienen.⁶⁷ Onderzoek wijst erop dat een belangrijke factor voor dit verschil de extra zorgtaken zijn waarvoor vrouwen verantwoordelijk zijn.⁶⁸ Overigens kan crowdwork ook juist kansen bieden om objectief en onbevooroordeeld werknemers te selecteren en evalueren.⁶⁹

9.3.3 *Verbod op kinderarbeid en dwangarbeid*

Uitbanning van kinderarbeid en dwangarbeid zijn centrale thema's binnen internationaal arbeidsrecht. Er is sprake van kinderarbeid wanneer het werk dat de minderjarigen verrichten hun mentale, fysieke, morele of sociale ontwikkeling in gevaar brengt en wanneer

59 C111 – Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111). C100 – Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100). Andere belangwekkende instrument aangaande gelijke behandeling zijn: C156 – Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156) en de Conventie tegen geweld en intimidatie op de werkvloer, C190 – Violence and Harassment Convention, 2019 (No. 190). Onder deze laatste Conventie vallen ook gevallen van online intimidatie.

60 C111 definieert deze verboden discriminatie als onderscheid dat gelijke kansen of behandeling met betrekking tot werk tenietdoet of in gevaar brengt. C111, art. 1.

61 C111, art. 1, par. 1a.

62 C100, art. 2(1).

63 Global Commission on the Future of Work 2019, p. 44. Zie hierover ook hoofdstuk 8 van dit boek.

64 ILO 2021, p. 244-245.

65 ILO 2018a, p. 63-64, 52; ILO 2021, p. 244.

66 ILO 2016a, p. 11.

67 ILO 2018a, p. 52.

68 Adams-Prassl & Berg 2017, p. 1.

69 De Stefano & Aloisi 2019, p. 366.

zij hierdoor niet (voldoende) scholing kunnen genieten.⁷⁰ Conventie 138 betreffende de minimumleeftijd voor toelating tot het arbeidsproces beoogt geleidelijk de minimumleeftijd voor toelating tot de arbeid te verhogen en bevat flexibele leeftijdsgrenzen inzake drie categorieën (minimumleeftijd, gevaarlijk werk en licht werk) met verschillende uitzonderingen.⁷¹ Conventie 182 behandelt slechts de allernergste vormen van kinderarbeid en bevat een verbod op kinderarbeid in relatie tot slavernij, prostitutie, criminele activiteiten en gevaarlijk werk.⁷² Dit ‘worst forms of child labour’-verdrag gaat dus over situaties die zo ernstig zijn dat deze met de grootste spoed moeten worden aangepakt en kent slechts één minimumleeftijd: 18 jaar.

Dwargarbeid is verwant aan het verbod op slavernij, dat onder internationaal recht als *ius cogens*⁷³-norm wordt aangemerkt. Conventie 29 behelst een algemeen verbod op dwargarbeid, dat wordt gedefinieerd als ‘arbeid of diensten die onvrijwillig en onder bedreiging met enige sanctie worden verricht’.⁷⁴ Conventie 105 bevat een aantal specifieke verboden situaties waarin dwargarbeid verboden is, zoals in relatie tot politieke voorkeur, economische ontwikkeling of disciplinaire maatregelen.⁷⁵

Omdat crowdwork door iedereen met een internetverbinding overal ter wereld en op elk tijdstip verricht kan worden, levert het moeilijk beheersbare risico’s op met betrekking tot kinder- en dwargarbeid. De Stefano gaf in een rapport voor de ILO het voorbeeld van de ‘gold-farming factories’, waar personen in online games bepaalde voorwerpen moeten verzamelen die daarna weer verkocht kunnen worden.⁷⁶ Er zijn gevallen bekend waarin dit werk tot wel twaalf uur per dag per persoon gedaan wordt (online ‘sweatshops’) en gevallen waarbij gevangenen in Chinese werkkampen verplicht werden tot ‘gold-farming’.⁷⁷ Bovendien kunnen kinderen die toegang hebben tot het internet verleid worden tot het verrichten van dit soort werkzaamheden en daarbij mogelijk blootgesteld worden aan schadelijke inhoud.⁷⁸ Aangezien de meeste websites voor crowdwork puur en alleen lijken te vertrouwen op zelfrapportage van leeftijd, kunnen zij niet met zekerheid garanderen dat ze vrij van kinderarbeid zijn.⁷⁹ Het is dus nodig dat afnemers van producten en diensten waarbij van crowdwork gebruik is gemaakt, extra alert zijn op signalen van deze nieuwe, digitale vormen van kinder(dwang)arbeid. Overheden dienen daarnaast hun wettelijke

70 Zie: ILO, ‘International Programme on the Elimination of Child Labour (IPEC), What is Child Labour?’, <http://www.ilo.org/ipec/facts/lang--en/index.htm>.

71 Zie C138, art. 2(3), 3(1) en 7(1).

72 C182 – Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182), art. 3, par. a-d.

73 Een absoluut verbod dat te allen tijde en voor iedereen geldt.

74 C29 – Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), art. 2(1). Zie ook art. 2(2) voor mogelijke uitzonderingen.

75 C105 – Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105), art. 1.

76 ILO 2016a, p. 10.

77 De Stefano & Aloisi 2019, p. 365.

78 ILO 2016a, p. 10.

79 Cherry 2019, p. 8. Zie Clickworker Review 2021 (homeworkingclub.com): “How Old do you Have to Be to Work for Clickworker? You must be 18 or older to work for Clickworker. When you register, the only dates of birth available are for those over 18. If you’re a little younger and looking for some work you can do online, check out our online jobs for teens article Online Jobs for Teens: Essential Advice and Ideas – HomeWorkingClub.com.” (Michelle Lovrine Honeyager, Update 14 jan 2021).

verbod op dwangarbeid en kinderarbeid ruim genoeg te formuleren, zodat crowdwork in ieder geval onder het verbod kan vallen en geconstateerd misbruik beter aangepakt kan worden, aldus de ILO in zijn rapport uit 2021. Hierbij wordt als 'best practice' gewezen op de gemoderniseerde Argentijnse wetgeving inzake het verbod op kinderarbeid en de bescherming van adolescenten.⁸⁰ Ook in Nederland heeft het Ministerie van SZW nader onderzoek uitgezet naar de noodzaak om de regelgeving rond (uitzonderingen op) het verbod op kinderarbeid aan te passen,⁸¹ aangezien het op basis van de huidige regels meestal niet mogelijk is opdrachtgevers van werkende kinderen verantwoordelijk te houden. Het zou goed zijn als in dit onderzoek ook (het voorkomen van) kinderarbeid op crowdworkplatforms wordt betrokken.

9.3.4 Adequate beloning

Het beginsel dat werk beloond dient te worden met een 'adequate living wage' werd reeds in het Vredesverdrag van Versailles van 1919 (en de daarin opgenomen ILO Constitutie) erkend. De risico's van onderbetaling zijn ruim honderd jaar later nog altijd wijdverbreid; voorafgaand aan de COVID-19-pandemie waren er naar schatting wereldwijd ongeveer 300 miljoen 'werkende armen', dat zijn – op grond van de definitie die de ILO hanteert – degenen die moeten rondkomen van minder dan \$ 1,90 per dag.⁸² Sinds de pandemie is dit aantal verder gestegen. Alhoewel het vaststellen van de hoogte van het minimumloon een nationale aangelegenheid blijft, is de ILO erg actief om ook internationaal met criteria en minimumstandaarden het garanderen van een adequate beloning te bevorderen.⁸³ Middels een 'leefbaar' loon kunnen werknemers voor zichzelf en hun familieleden zorgen, hetgeen tevens armoedegerelateerde kinderarbeid en dwangarbeid tegengaat.⁸⁴

Uit een studie van de ILO in 2016 bleek dat voor ongeveer 40% van de crowdworkers dit werk hun voornaamste inkomensbron was en dat velen de overstap naar crowdwork maakten na een periode van werkloosheid of inactiviteit op de arbeidsmarkt. Deze werkers bleken doorgaans problemen te hebben met het bekostigen van het levensonderhoud, hadden

80 ILO 2021, p. 219, waarbij als Argentijnse werkingsfeerbepaling wordt aangehaald: "Deze wet is van toepassing op arbeid van personen onder de achttien (18) jaar in al zijn vormen. (...) Arbeid van personen onder de leeftijd van zestien (16) jaar is verboden in al zijn vormen, ongeacht of er al dan niet een contractuele arbeidsverhouding bestaat en ongeacht of het werk al dan niet wordt beloond. De arbeidsinspectie moet haar bevoegdheden gebruiken om de naleving van dit verbod te bewerkstelligen."

81 Niet naar aanleiding van crowdwork, maar wegens de activiteiten van jonge influencers op sociale media. Zie *Kamerstukken II* 2020/21, 26485, nr. 360, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-26485-360.html>, met bijlage verkennend onderzoek jonge influencers (Inspectie SZW). Zie voorts: Van Drongelen & Korver 2019, Van der Hof 2019, Van der Hof e.a. 2020, <https://www.childrightsfocus.org/nl/dat-fijne-vloggen-is-voor-sommige-kinderen-werk/>.

82 Global Commission on the Future of Work 2019, p. 20.

83 De ILO heeft een aantal instrumenten gerelateerd aan het beschermen van een adequaat loon, bijvoorbeeld: C095 – Protection of Wages Convention, 1949 (No. 95), C131 – Minimum Wage Fixing Convention, 1970 (No. 131) en C173 – Protection of Workers' Claims (Employer's Insolvency) Convention, 1992 (No. 173). Zie: ILO, 'International Labour Standards on Wages', <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/wages/lang--en/index.htm>.

84 Global Commission on the Future of Work 2019, p. 39.

nauwelijks spaargeld, noch aanspraken op sociale zekerheid.⁸⁵ Door crowdworkers te classificeren als zelfstandigen, pogen veel platforms te ontkomen aan werkgeversverantwoordelijkheden zoals de plicht om een minimumloon te betalen.⁸⁶ Het rapport van de ILO uit 2018 toont aan dat de onderzochte crowdworkers in 2017 gemiddeld \$ 4,43 per uur verdienen als alleen gekeken wordt naar de tijd dat er daadwerkelijk gewerkt wordt. Crowdworkers zijn echter ook veel tijd kwijt aan het zoeken naar taken, het verkrijgen van kwalificaties, communicatie met cliënten en het maken van reviews, waardoor hun gemiddelde verdiensten zakten naar \$ 3,31 per uur.⁸⁷ Het onderzoek liet tevens zien dat een groot deel van de crowdworkers minder dan het lokale minimumloon verdient.⁸⁸ Verder worden situaties aangetroffen die duiden op 'gedwongen winkelopering' zoals bij AMT, waarbij het mogelijk is of was om te betalen in de vorm van cadeaubonnen die alleen op de Amazon-website zelf inwisselbaar zijn.⁸⁹ Het is dus zaak dat overheden alert zijn op deze eeuwenoude praktijken en zo nodig het verbod⁹⁰ aanpassen aan nieuwe digitale verschijningsvormen.

9.3.5 *Veilige en gezonde arbeidsomstandigheden en fatsoenlijke arbeidstijden*

Het beschermen van werknemers tegen onveilige of ongezonde arbeidsomstandigheden, waaronder ook fatsoenlijke arbeidstijden, behoort tot een van de kerngebieden van de ILO. Een van de inmiddels aangenomen aanbevelingen van de Global Commission was dan ook om 'Occupational Safety and Health' (of 'OSH') de status van 'fundamental principle and right' toe te kennen.⁹¹ Er zijn zeer veel verschillende instrumenten binnen het kader van de ILO die zich richten op veiligheid en gezondheid in specifieke sectoren (bijvoorbeeld de bouw- of agrarische sector) of specifieke risico's (zoals asbest of chemicaliën). Ook zijn er instrumenten van algemene strekking, waarvan de Conventie over Veilige en Gezonde Arbeidsomstandigheden en het Kaderverdrag voor Veiligheid en Gezondheid de belangrijkste zijn.⁹² Regulering van werktijden (waaronder bijvoorbeeld ook pauzes, vakanties, weekendrust, parttime werk en nachtwerk vallen) valt ook onder verschillende ILO-instrumenten.⁹³ Er zijn tot op heden echter geen ILO-instrumenten die zich specifiek richten op de bescherming van de crowdworker.

85 ILO 2016b, p. 25.

86 ILO 2018a, p. 49.

87 ILO 2018a, p. 49. Zie tevens Prassl 2018, p. 140.

88 ILO 2018a, p. 50.

89 Dergelijke praktijken zijn door de eeuwen heen erkend als extreem misbruik en in vrijwel alle lidstaten van de ILO illegaal verklaard. Zie Prassl 2018, p. 138.

90 Zie voor Nederland art. 7:631 BW dat als normadressaat alleen de werkgever noemt en niet de opdrachtgever.

91 Global Commission on the Future of Work 2019, p. 12, 39.

92 C155 – Occupational Safety and Health Convention, 1981 (No. 155), C187 – Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention, 2006 (No. 187). Mogelijk worden deze instrumenten in de toekomst tot de status van Fundamentele Conventie verheven.

93 Zie bijvoorbeeld: C001 – Hours of Work (Industry) Convention, 1919 (No. 1), C132 – Holidays with Pay Convention (Revised), 1970 (No. 132), C047 – Forty-Hour Week Convention, 1935 (No. 47). Zie verder: ILO, International Labour Standards on Working time, <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/working-time/lang--en/index.htm>.

Een aantal van de risico's bij online crowdwork is vergelijkbaar met de risico's die kunnen optreden bij telewerken. Het in paragraaf 9.1 aangehaalde onderzoek van de ILO en Eurofound uit 2017 laat zien dat er bij digitaal thuiswerken extra rekening moet worden gehouden met zaken als ergonomie, stress, slaapproblemen, de werk-privébalans en vereenzaming.⁹⁴ Naar aanleiding van het massaal digitaal thuiswerken door de lockdowns wegens de COVID-19-pandemie, hebben arbo-autoriteiten op de werkplek duidelijkere normen voor dergelijk werk ontwikkeld. De ILO geeft in dit verband als voorbeeld een website van de Australische staat Queensland met uitgebreide richtsnoeren voor thuiswerk qua locatie, werktijden, uitrusting, communicatiemethoden, werkprestaties en -verwachtingen, welke gemakkelijk zijn aan te passen voor crowdworkers.⁹⁵ In Nederland heeft de Inspectie SZW in 2019 geconstateerd dat de wijze waarop de arbeidsrelatie bij platformarbeid is ingericht, bepaalde risico's voor werkers met zich brengt. Een hogere frequentie van avond- of nachtwerk vormt mogelijk een gevaar voor gezond en veilig werken en door de lastig te duiden status van de arbeidsrelatie kan het moeilijk zijn voor de Inspectie om vast te stellen of er sprake is van een eerlijke beloning of geoorloofde arbeidstijden.⁹⁶ Alhoewel crowdworkers over het algemeen juist waarderen dat ze kunnen werken waar en wanneer ze willen, laat onderzoek van de ILO zien dat er vaak (te) veel uren gemaakt worden,⁹⁷ onder meer via gamificationstechnieken en dat er (te) vaak op atypische momenten gewerkt wordt.⁹⁸ Online crowdwork stelt vrouwen met zorgtaken weliswaar in staat om een inkomen te genereren, maar zorgt ook voor een extra belasting. Een ander aandachtspunt is dat veel platforms worden gebruikt voor 'content moderation', waarbij de crowdworkers schadelijke of aanstootgevende inhoud moeten beoordelen en verwijderen van bepaalde webpagina's.⁹⁹ Daarbij valt te denken aan enge foto's op Facebook, beelden van extreme pornografie, brute straatgevechten, dierenmartelingen, zelfmoordaanslagen, onthoofdingen en afschuwelijke verkeersongelukken. Dit soort werk kan leiden tot psychologische schade.¹⁰⁰

9.4 Toekomstscenario's voor 'decent crowdwork'

De in paragraaf 9.2 genoemde Universal Labour Garantie is volgens de Global Commission bij uitstek bedoeld om in internationaal verband de inclusiviteit van arbeidsrechtelijke basisbescherming te bevorderen.¹⁰¹ In de paragraaf hierboven hebben we de normen uit

94 Eurofound & ILO 2017. Zie ook: Messenger 2018; Popma 2013.

95 ILO 2021, p. 220, met verwijzing naar <https://www.worksafe.qld.gov.au/laws-and-compliance/workplace-health-and-safety-laws/specific-obligations/health-and-safety-for-working-from-home>.

96 Inspectie SZW 2019, p. 6.

97 Dit wordt wel de 'autonomieparadox' genoemd. Zie Eurofound 2021, p. 25.

98 Vaak werken crowdworkers op 'niet-gangbare tijden', omdat het platform en de meeste afnemers zich in Amerika bevinden en de orders dus in een andere tijdzone worden gegeven; ILO 2021, p. 244.

99 Platforms zoals CrowdFlower adverteren trots dat zij kosten besparen zonder aan kwaliteit in te te boeten bij 'real-time inhoudmoderatie': elke afbeelding die bij de site wordt ingediend, wordt beoordeeld door drie beoordelaars, wier oordelen automatisch worden gekoppeld om tot de beste reactie te komen. Zie Prassl 2018, p. 80.

100 ILO 2018a, p. 103, Prassl 2018, p. 80, Gray & Suri 2019, p. 4-6.

101 Bevestigd in ILO 2021, p. 249. In dit rapport wordt bovendien ter inspiratie ook gewezen op ILO-Conventies en Recommendations aangaande 'social security', 'homeworkers', 'grievance and dispute resolution mechanisms' en 'the employment relationship'. Zie voor een analyse op basis van deze laatstgenoemde aanbeveling ook De Stefano e.a. 2021.

de Universal Labour Guarantee dan ook gebruikt als checklist van arbeidsrechtelijke aandachtspunten in verband met crowdwork. In zijn algemeenheid stelt de Global Commission dat digitale werkplatforms een belangrijke nieuwe bron voor inkomen kunnen zijn voor veel mensen wereldwijd, maar dat arbeidsrechtelijke bescherming vaak nog te beperkt is qua werkingssfeer en het bovendien erg lastig is om toezicht te houden op de naleving van wél inclusieve arbeidsrechtelijke normen, aangezien het werk vaak verspreid is over verschillende jurisdicties.

9.4.1 Een speciale Crowdwork-Conventie

Tegen deze achtergrond doet de Global Commission de aanbeveling om de invoering van een internationaal bestuurlijk systeem ('governance system') te onderzoeken. Dit zou ervoor moeten zorgen dat crowdworkplatforms en hun cliënten de minimumrechten van crowdworkers beschermen en respecteren.¹⁰² Deze suggestie is geïnspireerd door de Maritime Labour Convention (MLC),¹⁰³ een verdrag inzake de (minimum)bescherming van een traditionele beroepsgroep die de wereld als werkerterrein heeft. Het MLC regelt respectievelijk: (1) de minimumvereisten aan zeevarenden om op een schip te mogen werken, (2) arbeidsvoorwaarden, (3) huisvesting, recreatievoorzieningen, voeding en catering, (4) bescherming van de gezondheid, de medische zorg, welzijn en sociale zekerheid, (5) naleving en handhaving.¹⁰⁴ De MLC wordt daarom wel aangeduid als een universele arbeidswet voor zeevarenden,¹⁰⁵ en de Commissie bepleit dus een soortgelijk instrument voor crowdwork.

Cherry is hier ook voorstander van. Zij wijst op een aantal gelijkenissen tussen maritieme arbeid en crowdwork. Zo zijn zowel de opdrachten op crowdworkplatforms als het bemannen van een schip bedoeld als 'klussen', zeer tijdelijke vormen van werkgelegenheid dus. Bovendien is bij beide soorten werk de kans op sociaal isolement aanwezig. Op een schip komt dit door de fysieke afstand tot familie en vrienden. Bij crowdwork ligt dit juist aan het geïsoleerd werken zonder de nabijheid van directe collega's. Ook het relatief grote risico op niet uitbetalen van lonen is een overeenkomst; het is zowel in de scheepvaart als bij crowdwork moeilijker dan bij meer locatiegebonden werkzaamheden om de wederpartij aan te spreken, aangezien deze (vaak) in een ander (soms onbekend) land gevestigd is. Er zijn dus opvallende parallellen qua vluchtigheid van het werk en qua internationaal context van de arbeid. In het geval van de maritieme sector is die gelegen in werk dat noodzakelijkerwijs gepaard gaat met vervoer en reizen over lange afstanden. In het geval van crowdwork wordt werk op veel verschillende locaties gegenereerd, verzonden, verwerkt en opgeslagen en bevinden de bij een platform aangesloten crowdworkers zich over de hele wereld.¹⁰⁶ Decent crowdwork zou dus bevorderd kunnen worden door eenzelfde soort verdrag als bestaat voor maritieme arbeid. Dergelijke 'sectorale' regelgeving kan specifiek

102 Global Commission on the Future of Work 2019, p. 13.

103 Maritime Labour Convention, 2006, as amended (MLC, 2006).

104 Zie over de MLC: Van der Voet 2018, Van Rijs & Widera-Stevens 2011; Dimitrova 2010.

105 Global Commission on the Future of Work 2019, p. 44.

106 Cherry 2019, p. 64.

worden afgestemd op de speciale kenmerken en behoeften van online crowdworkers.¹⁰⁷ Net als havenautoriteiten kunnen controleren of het MLC wordt nageleefd, zou in de toekomst via verschillende internet-‘host portals’ kunnen worden gecontroleerd op naleving van een crowdworkconventie door het betreffende crowdworkplatform, aldus Cherry.¹⁰⁸

9.4.2 Crowdwork als onderdeel van internationale handels- en toeleveringsketens

Een andere manier om decent crowdwork te bevorderen, wordt wel bepleit vanuit het perspectief van CSR (‘corporate social responsibility’) en IMVO (internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen).¹⁰⁹ Crowdwork kan vanuit deze invalshoek gezien worden als een nieuwe variant op ‘outsourcing’ en ‘offshoring’, die deel uitmaakt van ‘global supply chains’.¹¹⁰ De ILO-Verdragen, zoals die binnen de overgrote meerderheid van haar 187 lidstaten gelden,¹¹¹ zijn in dergelijke mondiale handels- en toeleveringsketens tegenwoordig ook dicht bij huis in toenemende mate van belang. In Nederland gevestigde bedrijven worden geacht met gepaste zorgvuldigheid (‘due diligence’) om te gaan met de risico's die ze in deze grensoverschrijdende handels- en productieketens veroorzaken voor mens en milieu. Deze ketenverantwoordelijkheid is gebaseerd op niet-bindende instrumenten van de OESO en VN en is gericht op het opsporen en aanpakken van mogelijke schendingen van fundamentele arbeidsnormen bij alle schakels van de keten.¹¹² Alhoewel de due-diligenceregels in beginsel niet bindend zijn, worden ze steeds vaker in nationale wetgeving als verplichting vastgelegd.

In Nederland zijn de due-diligenceverantwoordelijkheden van internationaal opererende bedrijven voor een deel nader uitgewerkt in sectorale IMVO-Convenanten.¹¹³ De eerste stap naar een verplichtend karakter van dergelijk zorgvuldigheidsonderzoek is in Nederland gezet met de Wet Zorgplicht Kinderarbeid van november 2019 (nog niet ingevoerd).

107 Daar kan tegen ingebracht worden, zo erkent ook Cherry (2019, p. 54), dat crowdwork, anders dan maritieme arbeid, geen sector op zich is, aangezien crowdwork, net als (traditionele) uitzendarbeid, in vele sectoren kan worden ingezet. Zie in dit verband ook Ratti 2017.

108 Cherry 2019, 54. Dit moet dan wel gepaard gaan met een in de Crowdwork-Conventie op te nemen plicht tot gegevensverstrekking. Cherry wijst ter inspiratie op de AVG en beziet ook de toepasselijkheid van deze verordening op Amerikaanse crowdworkplatforms in relatie tot crowdworkers in de EU (2019, p. 49-50).

109 Cherry 2019, p. 55-62. Zie voor een CSR-initiatief vanuit de platformeconomie: WEF, ‘The Charter of Principles for Good Platform Work’, 17 jan 2020: <https://www.weforum.org/reports/the-charter-of-principles-for-good-platform-work>. Initiatiefnemers zijn merendeels platforms voor locatiegebonden platformwerk (o.a. Deliveroo). Van de ondertekenaars lijkt alleen MBO partners zich te richten op (freelance) crowdwork.

110 Het maakt outsourcing ook bereikbaarder voor mkb-bedrijven. Zie: *The New York Times*, ‘Small Business, Joining a Parade of Outsourcing’, 15 February 2014 en ‘Outsourcing Digital Contract Work Benefits Small Businesses’, 24 February 2014: Research Highlights | John Horton | Outsourcing Digital Contract Work Benefits Small Businesses – NYU Stern.

111 De ILO streeft naar universele ratificatie van de Fundamentele Conventies. Inmiddels heeft meer dan 92% van alle mogelijke ratificaties plaatsgevonden, zie ILO, ‘Conventions and Recommendations’, <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--en/index.htm>.

112 OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011. UN Guiding Principles on Business and Human Rights 2011, HR/PUB/11/04.

113 Zie: SER, IMVO Convenanten, www.imvoconvenanten.nl; SER 2020/08.

Bovendien is in het voorjaar van 2021 een initiatiefwetsvoorstel ingediend voor een brede zorgplicht om schendingen van (onder meer) arbeidsrechten tegen te gaan bij het bedrijven van buitenlandse handel.¹¹⁴ Ook in EU- en in VN-verband wordt er gewerkt aan juridische instrumenten die het voor bedrijven verplicht maken te rapporteren over (en dus onderzoek te doen naar) mogelijke schendingen van fundamentele arbeidsnormen in hun 'global supply chain'.¹¹⁵ Zo heeft de Europese Commissie eerder dit jaar een voorstel gedaan voor een Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD).¹¹⁶

Alhoewel bij mondiale handelsketens meestal aan toeleveringsketens voor producten wordt gedacht, kunnen ook allerlei diensten hieronder worden geschaard, voor zover ze ten goede komen aan de 'global value chains'. Wanneer aan diensten of producten in de handelsketen (buitenlands) crowdwork te pas is gekomen, bijvoorbeeld in ontwikkelingslanden, dan is er ten aanzien van deze werkzaamheden mogelijk een tot Nederlandse bedrijven reikende verantwoordelijkheid om ervoor zorg te dragen dat ILO-basisnormen ook in het (verre) buitenland gerespecteerd worden.¹¹⁷

9.4.3 Crowdworkers als werknemers naar nationaal arbeids- en socialezekerheidsrecht

Decent crowdwork komt tevens in zicht als wetgevers in steeds meer landen crowdwork-platforms arbeidsvoorschriften gaan opleggen¹¹⁸ of als rechters crowdworkers als werknemer kwalificeren. Tot nu toe zijn er wereldwijd in ieder geval twee rechtszaken geweest waarin dit werd bepleit. De eerste zaak diende in Californië in 2013.¹¹⁹ Twee crowdworkers claimden misclassificatie en vorderden de betaling van het federale minimumloon. Alhoewel de rechter een eventuele werknemerstatus van de crowdworkers in het midden liet, oordeelde hij wel dat sprake was van instructies en monitoring van het verrichte werk. Vervolgens kwam het tot een schikking, die ook medecrowdworkers ten goede kwam.¹²⁰ Verder dan de Californische rechter ging het Duitse federale arbeidsgerechtshof (*Bundesarbeitsgericht*, BAG) in een uitspraak van eind 2020. Ten aanzien van een crowdworker

114 Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid), *Stb.* 2019, 401. Zie tevens Rietveld, Baks & Bier 2021; Koster 2020. Tevens is aanhangig een initiatiefwetsvoorstel houdende regels voor gepaste zorgvuldigheid in productieketens om schending van mensenrechten, arbeidsrechten en het milieu tegen te gaan bij het bedrijven van buitenlandse handel (Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen), *Kamerstukken II* 2020/21, 35761, nr. 2. Mogelijkerwijs zou de aanname van dit wetsvoorstel nieuwe situaties van ketenaansprakelijkheid op grond van art. 7:616a-e BW kunnen opleveren.

115 Europees Parlement 2020; Jägers 2019.

116 Zie COM(2021) 189 final. Dit voorstel beoogt de huidige 'non-financial reporting'-richtlijn te herzien ('NFRD' Richtlijn 2014/95/EU).

117 Zo bepleit ook Cherry, zie Cherry 2019, p. 8. Zie voor de verantwoordelijkheden van Nederlandse bedrijven in relatie tot mogelijke schendingen van fundamentele arbeidsnormen in hun transnationale handelsketen o.a. Rombouts 2019; Erkens 2019.

118 Zie Cavallini 2018, Cagnin 2021 over een Italiaans initiatief om 'smart work' op een sociaal verantwoorde manier te stimuleren en Naumowicz 2021 over de situatie van 'digital nomads' in Polen.

119 *Otey v. CrowdFlower, Inc.*, 2014 WL 1477630 (N.D. Cal. 2014).

120 Zie Liebman & Lyubarsky 2017, p. 47-48.

die in een periode van elf maanden 2978 microklussen had uitgevoerd voor verweerster, een crowdworkplatform, bepaalde het BAG dat deze als werknemer gekwalificeerd moest worden. Het BAG kwam onder meer tot dit oordeel wegens de zeer nauwgezette instructies waarmee elke miniopdracht gepaard ging en het 'gamification'-element in de door het crowdworkplatform opgezette beloningsstructuur, waarbij de crowdworker een steeds hoger uurloon kon bereiken naarmate hij meer opdrachten aannam.¹²¹

Beide zaken speelden weliswaar in nationale context, maar een mogelijk doorzettende rechtsontwikkeling richting werknemerschap van crowdworkers levert voor crowdworkplatforms grote risico's op vanuit transnationaal oogpunt. Immers, crowdwork vindt vaak plaats 'all over the globe'. Sommige platforms profileren zich met de heuse ambitie om 'global workspaces' te worden, die zowel afnemers als werkenden uit tientallen landen bij elkaar brengen. Als de rechtsontwikkeling ertoe zou leiden dat zij aan het toepasselijke arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht moeten voldoen, hebben crowdworkplatforms ineens een zeer internationaal personeelsbestand in plaats van een 'pool' van freelance crowdworkers. Zij krijgen dan te maken met vele verschillende minimumloonregelingen, opdrachten van loonbelasting en socialezekerheidspremies, naleving van arbo-regelingen en andere arbeidsrechtelijke voorschriften in een keur van landen. Dit komt doordat het arbeidsconflictenrecht van veel rechtsstelsels een rechtskeuzebeding niet doorslaggevend acht en het gewoonlijk het werkland van de werknemer hanteert als het belangrijkste aanknopingspunt.¹²² Ook de aanwijsregels van socialezekerheidsrecht en belastingrecht hanteren de 'lex loci laboris' als hoofdregel.¹²³ Het toepasselijke rechtsstelsel is daarmee in hoge mate afhankelijk van waar de crowdworker (gewoonlijk) werkt. Voorlopig is dit voor crowdworkplatforms nog een hypothetisch scenario, dat zich niet op de heel korte termijn zal verwirkelijken.

Veel dichter voor de deur staat een soortgelijke complexiteit voor traditionele werkgevers, als er na afloop van de coronamaatregelen een blijvende situatie van deels digitaal thuiswerken wordt geïstitutionaliseerd, in het bijzonder in grensregio's. Om wat concreter in beeld te brengen hoe het veel bepleite hybride werken zou kunnen uitpakken in transnationale context, verkennen we dit scenario in de volgende paragraaf vanuit het perspectief van de EU.

9.5 Transnationaal 'hybride werken' binnen de EU

Vanuit Europees integratieperspectief zou het aantrekkelijk zijn om transnationale vormen van telewerken te promoten met het oog op de realisatie van een 'genuine European labour market'.¹²⁴ Ruime mogelijkheden om (deels) vanuit huis te werken, verlagen immers de drempel om een baan te accepteren bij een werkgever in een andere lidstaat. Telewerken maakt ook 'long-distance' werken vanuit verder gelegen streken (met wellicht een hoge

¹²¹ Urtel des Bundesarbeitsgerichts vom 1. Dezember 2020 – 9 AZR 102/20', zie Anja Böckmann, 7 april 2021, <https://loh.de/en/die-arbeitnehmereigenschaft-von-crowdworkern-urteil-des-bundesarbeitsgerichts-vom-1-dezember-2020-9-azr-102-20/>.

¹²² Dit geldt in ieder geval in drie stelsels die belangrijk zijn voor crowdwork: Californië, de Europese Unie en India. Zie voor een bespreking Cherry 2019, p. 25–48.

¹²³ Zie hierover ook hoofdstuk 5 (par. 5.4.1) van dit boek.

¹²⁴ Zie over dit concept Houwerzijl 2013.

werkloosheid) mogelijk zonder te hoeven verhuizen. Dit toekomstperspectief is door de restricties om te reizen in verband met de COVID-19-pandemie een stuk dichterbij gekomen. Er bleken echter tijdelijke (bilaterale) regelingen nodig om ingrijpende gevolgen te voorkomen voor met name de socialezekerheidspositie van grenswerkers.¹²⁵ Om welke potentiële gevolgen gaat het hier en wat betekent dit voor werkgevers en lidstaten als er een blijvende situatie van 'hybride werken' (deels telewerken, deels op locatie bij de werkgever) zou worden geïstitutionaliseerd? Dit kan geïllustreerd worden met een voorbeeld in een Europese grensregio.¹²⁶

9.5.1 Een fictief voorbeeld in een Europese grensregio¹²⁷

Laten we het fictieve bedrijf Lyco nemen, gevestigd in Luxemburg. Op het kantoor in Luxemburg werken 1000 werknemers; 250 daarvan wonen in Frankrijk, 250 in Duitsland en de overige 500 in Luxemburg.¹²⁸ In overeenstemming met de hoofdregel (werklandbeginsel) neergelegd in art. 8 Rome I en in Vo. 883/04¹²⁹ is het Luxemburgse arbeids- en socialezekerheidsrecht in beginsel van toepassing op de (voltijdswerkende) grensarbeiders van Lyco. Lyco wil echter besparen op de kantoorkosten door het volgende beleid van 'hybride werken' in te voeren: alle werknemers gaan 40% van hun werktijd digitaal thuiswerken.

Wat zou implementatie van dit plan betekenen voor toepasselijkheid van het arbeids- en socialezekerheidsrecht op de contracten met de 500 grensarbeiders bij Lyco? De werknemers worden dan geacht 'gelijktijdig' te werken in twee lidstaten (deels in hun woonland en deels op de vaste vestiging van de werkgever in Luxemburg) en vallen daarmee qua socialezekerheidsrecht onder een van de twee uitzonderingen op het werklandbeginsel.¹³⁰ Art. 13 sub a Vo. 883/04 wijst dan in beginsel de wetgeving van het woonland aan, mits de werknemer daar 'een substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden verricht'.¹³¹ Dit zou in ons voorbeeld in het merendeel van de contracten¹³² een 'switch' inhouden naar het socialezekerheidsrecht van het woonland (Frankrijk of Duitsland), nu daar een substantieel deel van de werkweek (40%) gewerkt gaat worden. Wat betreft het toepasselijke arbeidsrecht is de situatie minder eenduidig. Op basis van het getrapte systeem neergelegd in art. 8 Rome I, zal er wellicht een (gedeeltelijke) switch plaatsvinden naar Frans of Duits recht. Dit is afhankelijk van verschillende factoren, zoals een eventueel gemaakte (gunstiger)

¹²⁵ Zie Weerepas en Essers 2020.

¹²⁶ De binnengrensregio's van de EU, zoals bijvoorbeeld de grensstreken van Nederland, Duitsland en België of van Luxemburg, Frankrijk, Duitsland en België, bestrijken 40% van het grondgebied van de EU en herbergen bijna 2 miljoen grensarbeiders. Zie: <https://ec.europa.eu/eures/public/nl/eures-in-cross-border-regions>.

¹²⁷ Ontleend aan Houwerzijl 2017b.

¹²⁸ Dit is niet onrealistisch: in Luxemburg bestaat ongeveer 45% van de beroepsbevolking uit grensarbeiders.

¹²⁹ Zie over deze rechtsinstrumenten Houwerzijl 2021, p. 110-115 (Rome I) en p. 134-143 (Vo. 883/04).
¹³⁰ De andere uitzondering betreft detachering; art. 12 Vo. 883/04.

¹³¹ Uit art. 14 lid 8 Toepassingsverordening 987/2009 blijken twee indicatieve criteria: besteding van ten minste 25% van de arbeidstijd van een werknemer in het woonland en/of het verdienen van ten minste 25% van zijn loon in het woonland. Kritisch over deze, nog altijd onvoldoende uitsluitel biedende, aanknopingspunten: Montebovi 2016, p. 149-150.

¹³² Voor parttimers met nog een andere baan binnen of buiten Luxemburg of in het woonland, kunnen de coördinatieregels anders uitwerken.

rechtskeuze en het feitelijke en voor elke werknemer individueel te bepalen land waar of van waaruit hij gewoonlijk werkt.¹³³ Tegelijkertijd kunnen op basis van art. 9 Rome I zogenoemde voorrangregels uit het Luxemburgse recht, zoals wettelijke en algemeen verbindende cao-bepalingen inzake bijvoorbeeld arbeidsomstandigheden en werktijden, het toepasselijke arbeidsrecht opzijzetten (op zijn minst voor de werkdagen die de grensarbeiders op de vestiging in Luxemburg doorbrengen).

Een gedetailleerdere uitwerking van (variaties op) dit voorbeeld voor alle betrokken werknemers van Lyco is niet nodig om ons punt duidelijk te maken: grootschalige invoering van werken op afstand in transnationale context is vanuit het oogpunt van toepasselijk arbeids- en socialezekerheidsrecht bijzonder complex: de arbeidsintensieve, onpraktische noodzaak om voor elke individuele werknemer (met soms door telewerken behoorlijk variërende arbeidspatronen) vast te stellen wat het toepasselijke arbeids- en socialezekerheidsrecht is, kan in praktijk enorme rechtsonzekerheid opleveren.¹³⁴ Bovendien maakt het de rechtshandhaving (te) ingewikkeld en kostbaar, wordt de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming op ondernemings- en/of sectoraal niveau bemoeilijkt en kan het op termijn zelfs de houdbaarheid van werknemersverzekeringen en sociale cao-fondsen ondermijnen. Zelfs het onlosmakelijk aan het vrij verkeer van werknemers verbonden gelijkebehandelingsprincipe komt ernstig in de knel, als niet langer als standaardsituatie geldt dat het overgrote deel van het personeel dat behoort tot een bepaalde locatie van de werkgever onder hetzelfde rechtstelsel valt. Helaas lijkt het dus onder de huidige regelgeving vanuit werkgeversperspectief niet verstandig om telewerken in transnationale context te stimuleren: zodra dit enige omvang krijgt, zijn de implicaties voor (de voorspelbaarheid van) het toepasselijke sociale recht en dus voor de arbeidskosten en administratieve lasten (te) verstrekkend.¹³⁵ Ook vanuit het perspectief van lidstaten kleven er risico's aan het stimuleren van digitaal thuiswerken zonder nadere aanpassing van het Europese coördinatie- en conflictenrecht: gelijke behandeling van EU-werknemers qua arbeidsvoorwaarden met nationale werknemers wordt bemoeilijkt en de houdbaarheid van het socialezekerheidsstelsel en van sociale cao-fondsen zou ondermijnd kunnen worden.

Hoe moet in het licht van de transnationale complicaties worden omgegaan met pleidooien om 'hybride werken' te introduceren na afloop van de coronacrisis? Onzes inziens kunnen bedrijven en sectoren dit niet grootschalig invoeren voor nationale werknemers en tegelijkertijd limiteren voor grensarbeiders. Dat zou indruisen tegen het gelijkebehandelingsprincipe, neergelegd in art. 45 VWEU jo. art. 7 Vo. 492/2011.¹³⁶ Ook bij het inwilligen van individuele verzoeken van werknemers tot aanpassing van hun werkplek¹³⁷ dienen werkgevers beducht te zijn voor de precedentwerking die hiervan kan uitgaan. Als bedrijven verzoeken om digitaal thuiswerken honoreren van werknemers die wonen binnen Nederland, komt het

133 In exceptionele omstandigheden kan zelfs het recht van een ander land waarmee de situatie nauwer verbonden is van toepassing zijn, maar dat ligt in deze casus niet meteen voor de hand. Zie HvJ EU, C-64/12, (*Schlecker*) ECLI:EU:C:2013:551.

134 Of tot grootschalige niet-naleving leiden van de betrokken EU-verordeningen.

135 Hiervoor werd zo'n tien jaar geleden al gewaarschuwd. Zie Nerinckx 2012.

136 Zie Houwerzijl 2021, p. 101-104.

137 Dit is sinds 2016 wettelijk verankerd in de Wet flexibel werken. Wel heeft de werkgever de vrijheid het verzoek af te wijzen (na overleg met de werknemer). Zie Baks, Hijink & Rietveld 2021.

weigeren van een soortgelijk verzoek aan werknemers die wonen in een andere lidstaat al gauw in botsing met het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit.¹³⁸

9.5.2 Verkenning van mogelijke uitwegen uit het juridische labirint

Welke uitwegen zijn mogelijk uit het juridische labirint dat ontstaat bij grootschalige invoering van digitaal werken op afstand in transnationale context? Versimpeling van de EU-regels ter bepaling van het toepasselijke arbeids- en socialezekerheidsrecht? Of is (partiële, regionale of sectorale) harmonisatie onontkoombaar? Aan welke randvoorwaarden moeten mogelijke oplossing(s) voldoen om zoveel mogelijk recht te doen aan de belangen van alle betrokken (transnationale en nationale) werknemers, hun werkgevers en de lidstaten? We volstaan met een aantal nader aan te vullen en uit te werken punten, waarbij ook de mogelijke inclusie van crowdwork betrokken zou kunnen worden:

- a) Bij alle transnationale vormen van digitaal gefaciliteerd werken op afstand moeten frequente wijzigingen in het toepasselijke arbeids- en socialezekerheidsrecht vermeden worden.¹³⁹ Dat is een gezamenlijk belang van werkenden, ondernemingen en de betrokken (instanties in de) lidstaten.
- b) De aanknopingsfactoren voor het toepasselijke recht in beide rechtsgebieden (en ook in het fiscale recht) dienen 'Gleichlauf' te bevorderen. Het toepasselijke recht dient daarbij zoveel mogelijk het land te vertegenwoordigen tot welke arbeidsmarkt in economische zin¹⁴⁰ de werk(nem)er in overwegende mate behoort. Op deze wijze wordt voorkomen dat de rechtspositionele situatie van transnationale en nationale werknemers uiteen gaat lopen en dat transnationaal digitaal werken op afstand de rol ondermijnt van instituties die bepalend zijn voor het niveau en de naleving van de sociaalrechtelijke bescherming op de betrokken arbeidsmarkt.¹⁴¹
- c) Voor 'sector- en of beroepsspecifieke' vormen van telewerken, zou het interessant zijn om maatwerkoplossingen te beproeven voor het toepasselijke recht in transnationale situaties (met als wenkend arbeidsrechtelijk perspectief een eventuele harmonisatie in Europese regionale cao's). Dit kan plaatsvinden binnen het kader van de Europese (sectorale) sociale dialoog en zou onder meer de modernisering en toespitsing op sectorale kenmerken van de 'EU Framework Agreement on Telework' uit 2002 kunnen

138 In het in paragraaf 9.1 aangehaalde initiatiefwetsvoorstel 'Werken waar je wilt' is naar aanleiding van kritiek van de Raad van State een wijziging aangebracht die echter de risico's voor werkgevers en lidstaten onvoldoende ondervangt. Zie *Kamerstukken II* 2020/21, 35714, nr. 4 en 5.

139 Inspiratie biedt bijvoorbeeld art. 14 lid 5bis jo. lid 10 Vo. 987/2009 waarin voor cockpit- en cabinepersoneel in de luchtvaart is bepaald dat aan de hand van het begrip 'thuisbasis' het toepasselijke socialezekerheidsrecht in beginsel één keer in de twaalf maanden wordt beoordeeld. Zie voor de problematiek en mogelijke oplossingen inzake 'highly mobile workers' in andere branches: De Wispelaere & Rocca 2020, Van Ooij 2020.

140 Dit betekent een arbeidsmarkt waarin de werkgelegenheids- en de loonvormingsmarkt aan elkaar gekoppeld zijn. Zie nader Houwerzijl 2013.

141 Met instituties worden de 'spelregels' van de economie bedoeld. Het gaat hierbij o.a. om formele regels die de overheid formuleert, en die ofwel direct ingrijpen in de arbeidsmarkt (zoals het minimumloon of ontslagbescherming), ofwel daarop indirect van invloed zijn (zoals sociale zekerheid of belastingheffing). Daarnaast gaat het bij instituties ook om (collectieve) actoren die de marktwerking beïnvloeden, in het bijzonder vakbonden en de cao's die zij afsluiten, aldus De Beer & Fouarge 2009, p. 305.

omvatten.¹⁴² In dit kader zou bijvoorbeeld voor transnationaal digitaal werken waarbij voor minder dan de helft van de werkweek via interne platforms en applicaties 'op afstand' wordt gewerkt, de juridische fictie gehanteerd kunnen worden dat ook tijdens thuis- en/of telewerkdagen de (grens)werknemer zijn werk verricht in het land waar zich de fysieke vaste werkplek bij de werkgever bevindt.¹⁴³ De elektronische verbinding met het kantoor van de werkgever wordt dan gelijkgesteld met het werken op dat kantoor.¹⁴⁴ Voorzichtigheid is echter geboden: de formulering en begrenzing van deze juridische fictie¹⁴⁵ luistert nauw om te voorkomen dat zij 'sociale dumping' zou faciliteren bij andere vormen van transnationaal werken, zoals in de internationale vervoerssector.

9.6 Samenvattende conclusie

In dit hoofdstuk hebben we laten zien dat crowdwork een belangrijk aandachtsgebied is binnen het 'Future of Work Initiative' van de ILO. Een aantal omvangrijke recente onderzoeken geeft inzicht in zowel het potentieel als de uitdagingen van door online platforms aangeboden crowdwork. Crowdwork biedt kansen voor groepen die minder makkelijk toegang hebben tot de traditionele arbeidsmarkt, in het bijzonder in ontwikkelingslanden. Tegelijkertijd zijn er ook aandachtspunten en risico's met betrekking tot de fundamentele arbeidsnormen van de ILO: vakbondsvrijheid en het recht op collectief onderhandelen, kinder- en dwangarbeid, gelijke behandeling, veilige en gezonde arbeidsomstandigheden en -tijden en adequate beloning. Veel van de risico's komen overeen met de problematiek die zich ook voordoet bij offline verrichte platformarbeid; platforms zijn niet transparant, het is moeilijk communiceren met de beheerders, de werkers worden aangemerkt als zelfstandige in plaats van als werknemer, de voorwaarden waaronder zij werken worden eenzijdig opgelegd en er zijn veel obstakels voor collectieve organisatie en arbeidsvoorwaardenvorming via vertegenwoordigers zoals vakbonden. Voor crowdworkers geldt bovendien dat hun verdiensten vaak (ver) beneden het minimumloonniveau liggen en dat de handhaving van hun rechten extra moeilijk is, gelet op de transnationale context waarin zij (veelal) hun werk uitvoeren. Ook is er steeds meer bewijs dat crowdworkers in ontwikkelingslanden vaker het slachtoffer zijn van discriminatie, met name in relatie tot toegang tot werk, in het bijzonder als het gaat om toegang tot beter betaalde digitale klussen.

142 De in juni 2020 door BusinessEurope, SMEUnited, CEEP and the ETUC (and the liaison committee EUROCADRES/CEC) afgesloten 'European social partners framework agreement on digitalization' geeft slechts zeer globale aanzetten hiertoe. Voor een kritische bespreking van deze raamovereenkomst, zie Senatori 2020.

143 Dit zou in feite een 'legalisering' betekenen van de pre-coronapraktijk in veel bedrijven om telewerken vanuit huis of elders alleen informeel toe te staan en dus niet te rapporteren aan de bevoegde socialezekerheidsinstanties. Zie Eurofound 2015, p. 75.

144 Deze oplossing werd gekozen door de kantonrechter (weliswaar via een met de jurisprudentie van het HvJ EU op gespannen voet staande toepassing van art. 8 lid 3 Rome I) in een zaak waarin de werknemer zijn werk deels vanuit zijn woning in Duitsland verrichtte. Zie Rb. Den Haag 10 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5102, r.o. 6.3.

145 Deze fictie zou leiden tot een omkering van het tot nu toe in de arbeidsconflictenrechtelijke jurisprudentie van het Hof gevolgde perspectief waarin belang wordt gehecht aan de plaats waar de werknemer instructies ontvangt (bijvoorbeeld via raadpleging van het intranet van zijn werkgever) en zijn werk organiseert, en niet aan de plaats van waaruit de werkgever instructies verstuurt en het werk van zijn werknemers organiseert. Zie HvJ EU 14 september 2017, gevoegde zaken C-168/16 en C-169/16, ECLI:EU:C:2017:688, r.o. 58, 62-63.

Uit de ILO-studies blijkt dus dat er een flink aantal uitdagingen kleven aan het garanderen van eerlijk en fatsoenlijk werk voor crowdworkers, zeker in ontwikkelingslanden. Een mogelijke strategie om decent crowdwork te bereiken, zou volgens de ILO de ontwikkeling van een mondiaal minimumkader voor crowdwork zijn, neergelegd in een ILO-Verdrag à la de Maritieme Arbeidsconventie (MLC). Ook kan decent crowdwork gestimuleerd worden door IMVO-instrumenten. Ondernemingen gevestigd in landen zoals Nederland, worden al in toenemende mate aangesproken op de verduurzaming van hun internationale handels- en toeleveringsketens. Vooralsnog dienen zij schendingen van arbeidsnormen in buitenlandse schakels van deze ketens vooral op basis van 'soft law' te inventariseren en aan te pakken, maar zoals het zich laat aanzien zal dit in de nabije toekomst een wettelijke verplichting worden. Dergelijke zorgvuldigheidsverplichtingen strekken zich daarmee dus ook uit tot werkenden in andere contreien dan het vestigingsland van de (zakelijke) afnemer. Als een deel van de internationale ketenactiviteiten digitaal werk door crowdworkers in het (verre) buitenland omvat, kan de in acht te nemen 'due diligence' zich uitstrekken tot het garanderen van eerlijke en fatsoenlijke (oftewel 'leefbare') lonen en andere arbeidsvoorwaarden aan deze werkers. Daarmee kan online werken aan de andere kant van de aardbol toch binnen de reikwijdte van het Nederlandse (sociaal) recht terechtkomen.

Tot slot (v)erkenden we de ontmoedigende complexiteit die ontstaat vanuit transnationaal oogpunt als (veel) crowdworkers werknemers blijken te zijn en platforms hierdoor gebonden zouden raken aan nationaal arbeids- en socialezekerheidsrecht. Terwijl deze problematiek voor crowdworkplatforms voorlopig nog een zeer hypothetisch gehalte heeft, staan de transnationale gevolgen van digitaal (thuis)werken bij traditionele werkgevers veel dichterbij voor de deur. Zoals we aan de hand van een voorbeeld in een Euregio lieten zien, is het vanuit werkgeversperspectief zeer onverstandig om 'grenzeloos' telewerken aan te moedigen: zodra dit enige omvang krijgt, zijn de implicaties voor (de voorspelbaarheid van) het toepasselijke sociale recht en dus voor de arbeidskosten en administratieve lasten (te) verstrekkend. Ook vanuit het perspectief van lidstaten kleven er risico's aan het stimuleren van digitaal thuiswerken zonder nadere aanpassing van het Europese coördinatie- en conflictenrecht: gelijke behandeling van EU-werknemers met nationale werknemers wordt bemoeilijkt en de houdbaarheid van het socialezekerheidsstelsel en van sociale cao-fondsen zou ondermijnd kunnen worden.

Kortom, het is bepaald geen sinecure om de opmars van virtuele vormen van transnationale (platform)arbeid in tegelijkertijd hanteerbare en sociaaljuridisch rechtvaardige banen te leiden. Hoog tijd dus om op internationaal, Europees, regionaal én sectoraal niveau, de transnationale risico's te adresseren van arbeid in de digitaliserende (platform)economie. Vervolgens kunnen dan alsnog volop de kansen van deze technologische (r)evolutie benut worden, ook in transnationaal verband.

BIBLIOGRAFIE

Adams-Prassl & Berg 2017

A. Adams-Prassl and J. Berg, 'When Home Affects Pay: An Analysis of the Gender Pay Gap Among Crowdworkers', October 6, 2017. Available at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3048711>

Aleksynska et al. 2018

M. Aleksynska et al., *Work on Digital Labour Platforms in Ukraine: Issues and Policy Perspectives*, ILO, 2018, https://www.ilo.org/travail/WCMS_635370/lang--en/index.htm

AlgorithmWatch 2019

B. Alfter, R. Müller-Eiselt, M. Spielkamp, *Automating Society. Taking Stock of Automated Decision-Making in the EU*, Berlijn: AW AlgorithmWatch, 2019

Aloisi 2016

A. Aloisi, 'Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of on-Demand/Gig Economy Platforms', *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2016, Vol. 37, No. 3, p. 653-690

Van Andel 2017

H.G. van Andel, 'Van (wet) aanpassing arbeidsduur naar (wet) flexibel werken', *ArbeidsRecht* 2017/24

Arets 2020

M. Arets, *Platformrevolutie. Van Amazon tot Zalando, de impact van platformen op hoe wij werken en leven*, Boom Management, 2020

Asscher-Vonk 1995

I.P. Asscher-Vonk, *Een sociaal recht, vele uitkomsten* (oratie Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Asser/Heerma van Voss 7-V 2020

G.J.J. Heerma van Voss, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Asser/Houben 7-X 2019

I. Houben, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018

T.F.E. Tjong Tjin Tai, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. De overeenkomst van opdracht, inclusief de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Baks, Hijink & Rietveld 2021

L.J.M. Baks, J.B.S. Hijink & S. Rietveld, 'Duurzaamheidsverslaggeving in een hogere versnelling. Laveren tussen wereldwijde convergentie en 'Europe first', *Ondernemingsrecht* 2021/34

Banjali & Greenwald 2013

M. Banjali & A. Greenwald, *Blindspot: Hidden Biases of Good People*, New York, 2013

Barocas, Hardt & Narayanan 2019

S. Barocas, M. Hardt & A. Narayanan, *Fairness and Machine Learning*, fairmlbook.org, 2019

Barocas & Selbst 2016

S. Barocas & A.D. Selbst, 'Big Data's Disparate Impact', *California Law Review* 104 (2016)

Barrico 2019

A. Baricco, *The Game*, Amsterdam: De Bezige Bij 2019

Barrio, Montebovi & Schoukens 2018

A. Barrio, S. Montebovi en P. Schoukens, 'The EU social pillar: An answer to the challenge of the social protection of platform workers?', *EJSS* 2018/3, Vol. 20, p. 219-241

Barrio & Schoukens 2019

A. Barrio en P. Schoukens, 'Platform work in self-employment: New challenges for social protection?', *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Edition Seguridad Social: La seguridad social como protagonista en la definición de los perfiles del trabajo autónomo*, 2019, 144, p. 47-58

Barrio & Zekić 2017

A. Barrio en N. Zekić, 'Connecting crowd-work with work-life balance: Mission impossible?' in: S. de Groof (red.), *Work-life balance in the modern workplace: Interdisciplinary perspectives from work-family research – Law and policy* (BCLR Vol. 98), Kluwer Law International, 2017, p. 9-25

Bartens 2019

P.R. Bartens, "'Vrije vervanging" en de kwalificatievraag: duiding, positie en bruikbaarheid', *TAO* 2019/1

Becker & Chesalina 2021

U. Becker & O. Chesalina, (eds.), *Social law 4.0. New approaches for ensuring and financing social security in the digital age*, Baden-Baden: Nomos 2021

De Beer & Fouarge 2009

P. de Beer en D. Fouarge, 'De economie van de arbeid: zelfde uitgangspunt, nieuwe inzichten', *TvA* 2009/3, p. 305

Bellon 2020

T. Bellon, 'Uber customer claims company won price-fixing suit because arbitrator was scared', *Reuters*, 23 mei 2020

Bennaars 2018

J.H. Bennaars, *Position paper 'Verduidelijking gezagscriterium'*, op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2018

Bennaars 2018a

J.H. Bennaars, 'Is platformwerk een bedreiging of een kans voor het arbeidsrecht? Het antwoord is ja', in: G.J. Heerma van Voss, P.T. de Beer, B. Emmerig, G.C. Groot, J.H. Bennaars & A. Eleveld, (*Handen*) *Af van de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Sdu 2018

Bennaars 2019

J.H. Bennaars, 'Platformwerk en arbeidsrecht: *match or no match?*', in: W. Been e.a. (red.), *Hoe goed werkt Nederland. Uitdagingen rond arbeidsmarkt, arbeidsverhoudingen en ongelijkheid*, Alphen aan den Rijn: Vakmedianet 2019, p. 93-112

Bennaars 2019a

J.H. Bennaars, 'Eén platform, één rechtbank, twee uitkomsten', *AR-updates* 2019-0051, annotatie bij Rechtbank Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 en Rechtbank Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198

Bennaars & Grosheide 2019

J.H. Bennaars & E.F. Grosheide, 'Platformwerkers: sociale noodopvang door de EU?', *TAC* 2019/1, p. 59-68

Bennaars 2020

J.H. Bennaars, 'De beschikking Yodel (C-692/19, ECLI: EU: C: 2020: 288): Platformwerkers en Europa, nog geen einde in zicht. Een analyse van de Yodel-uitspraak', *TAC* 2020/2, p. 81-86

Bérastégui 2021

P. Bérastégui, *Teleworking in the aftermath of the Covid-19 pandemic: enabling conditions for a successful transition*, Brussels: ETUI policy brief, 2021

Berg 2016

J. Berg, 'Income Security in the On-Demand Economy: Findings and Policy Lessons from a Survey of Crowdworkers', *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2016, Vol. 37, No. 3, p. 542-576

Berg 2019

L. van den Berg, 'Platformarbeid: biedt het Rariteitenbesluit soelaas?', *TRA* 2019/15

Bevers & Heeger-Hertter 2020

E.M. Bevers & S. E. Heeger-Hertter, 'Platformarbeid', in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Bles 1907

A.E. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Kluwer 1907

De Boer 1917

M.G. de Boer, *Van Waagdragersveem tot Modern Grootbedrijf*, Groningen: Noordhoff 1917

Boltanski & Thévenot 2006

L. Boltanski & L. Thévenot, *On Justification: Economies of Worth*, Princeton N.J.: Princeton University Press 2006

Boonstra 2016

K. Boonstra, 'Onderhandelen voor Afhankelijke Zelfstandigen, de Lessen van het Arrest C-413/13 FNV KIEM/De Staat der Nederlanden', *ArbeidsRecht* 2016/43, p. 15-19

Rapport Commissie Boot 2016

G. Boot, R.A.A. Duk, L. van den Berg, L.J. Verhoeven, M.E. Slot, *Commissie (model)overeenkomsten. Eindrapport*, Amsterdam: 2016

Bos 1998a

S. Bos, "Uyt liefde tot malcander": onderlinge hulpverlening binnen de Noord-Nederlandse gilden in internationaal perspectief (1570-1820), Amsterdam: Stichting beheer IISG 1998

Bos 1998b

S. Bos, 'Beroepsgebonden onderlinges 1500-1800: gilden- en knechtsfondsen', in: J. van Gerwen & M.H.D. van Leeuwen (red.), *Studies over zekerheidsarrangementen*, Amsterdam: NEHA/Verbond van verzekeraars 1998, p. 91-140

Bos, Lourens & Lucassen 2002

S. Bos, P. Lourens & J. Lucassen, 'Die Zünfte in der niederländischen Republik', in: H.G. Haupt (ed.), *Das Ende der Zünfte: ein europäischer Vergleich*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2002, p. 127-53

Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2019

W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl en W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (25^e druk)

Brand 1990

J. Brand, *Untersuchungen zur Entstehung der Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland*, Band 1, Pfaffenweiler: Centaurus 1990

Brand 1992

J. Brand, *Untersuchungen zur Entstehung der Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland*, Band 2, Frankfurt am Main: Klostermann 1992

Brand 2008

J. Brand, *Untersuchungen zur Entstehung der Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland*, Band 3, Frankfurt am Main, Klostermann 2008

Braspenning & Verbruggen 2017

J.J.A. Braspenning & P.W.J. Verbruggen, 'Gedragwetenschappelijke inzichten in het consumentenrecht', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2017/6

Brynjolfsson & McAfee 2014

E. Brynjolfsson & A. McAfee, *The Second Machine Age. Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, New York: WW Norton 2014

Burri & Heeger-Hertter 2018

S. Burri & S. Heeger-Hertter, 'Discriminatie in de platformeconomie juridisch bestrijden: geen eenvoudige zaak', *AA* 2018, p. 1000-1008

Cagnin 2021

V. Cagnin, 'Digitalization and Its Impacts of De-spatialization and De-temporalization of Work and De-territorialization of the Labour Market: Is It Time to Rethink a 'Sustainable' Labour Law?', in: A. Perulli, T. Treu (eds.), *The Future of Work: Labour Law and Labour Market Regulation in the Digital Era*, Wolters Kluwer 2021

Canoy & Hellingmans 2018

M. Canoy & K. Hellingmans, 'De Mededingingswet en de Onderkant van de Arbeidsmarkt', *M&M* 2018/5, p. 184-193

Castel 1995

R. Castel, *Les metamorphoses de la question sociale*, Paris: Gallimard 1995

Cavallini 2018

G. Cavallini, 'The Classification of Crowdwork and Work by Platforms: Alternatives and Implications', in: E. Ales, Y. Curzi, T. Fabbri, O. Rymkevich, I. Senatori I, G. Solinas (eds.), *Working in Digital and Smart Organizations. Legal, Economic and Organizational Perspectives on the Digitalization of Labour Relations*, London: Palgrave Macmillan 2018, p. 113-137

Cherry 2019

M. Cherry, A. Miriam, 'A Global System of Work, A Global System of Regulation?: Crowdwork and Conflicts of Law', *Tulane Law Review*, Vol. 94, 2019, p. 2-62

Collins 1990

H. Collins, 'Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Law', *OJLS* 1990/10 (3), p. 353-380

Commissie Regulering van werk 2020

Commissie Regulering van werk, *In wat voor land willen wij werken?*, Den Haag, januari 2020

Conen 2020

W. Conen, 'Multiple jobholding in Europe. Structure and dynamics', *AIAS-HSI Working Paper Series*, WP 10, april 2020

Cook, Diamond, Hall, List & Oyer 2018

C. Cook, R. Diamond, J.V. Hall, J.A. List & P. Oyer, 'The Gender Earnings Gap in the Gig Economy: Evidence from over a Million Rideshare Drivers', *NBER Working Paper Series* 2018

Cooke 2005

R.L. Cooke, *The History of Mathematics, A Brief Course*, New York: John Wiley & Sons 2005

Cottureau 2000

A. Cottureau, 'Industrial Tribunals and the Establishment of a Kind of Common Law of Labour in Nineteenth-Century France', in: W. Steinmetz, *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age*, Oxford: OUP 2000, p. 203-226

CPB 2020

Centraal Planbureau (CPB), *Evaluatie experimenten Participatiewet. Effecten op de uitstroom*, 2020

CRM 2019

College voor de Rechten van de Mens (CRM), *Interventies om discriminatie bij de werving en selectie tegen te gaan – Een literatuurstudie*, Utrecht: CRM 2019

CRM 2020

College voor de Rechten van de Mens (CRM), *Als computers je CV beoordelen, wie beoordeelt dan de computers – Algoritmes bij werving en selectie*, Utrecht: CRM 2020

Dalenberg 2017

D.J. Dalenberg, 'Preventing discrimination in the automated targeting of job advertisements', *Computer Law & Security Review*, December 2017

Daskalova 2018

V. Daskalova, 'Regulating the New Self-Employed in the Uber Economy: What Role for EU Competition Law?', *German Law Journal* 2018/3, p. 461-509

Delaney 2010

D. Delaney, *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making: Nomospheric Investigations*, Abingdon: Routledge 2010

Desai & Kroll 2018

R. Desai en J.A. Kroll, 'Trust But Verify: A Guide To Algorithms And The Law', *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 31, 2018/1

Devolder 2019

B. Devolder (red.), *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Antwerpen: Intersentia 2019

Dimitrova 2010

D.N. Dimitrova, *Seafarers' Rights in the Globalized Maritime Industry*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2010

Van Doorn & Chen 2020

N. van Doorn & J. Y. Chen, 'Odds Stacked Against Workers: Labor process gamification on Chinese and American food delivery platforms', 2020 platformlabor.net/output/labor-process-gamification-china-us-food-delivery-platforms/Odds%20Stacked%20Against%20Workers_pre-pub.pdf

Drahokoupil & Piasna 2019

J. Drahokoupil & A. Piasna, 'Work in the platform economy: Deliveroo riders in Belgium and the SMart arrangement', *ETUI Working Paper 2019.01*, Brussels: ETUI 2019

Van Drongelen 2017

J. van Drongelen, 'De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, het stukloon en de handhaving. Probleem opgelost?', *ArbeidsRecht* 2017/38

Van Drongelen & De Kort 2016

J. van Drongelen en H.C.M. de Kort, 'De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en de overeenkomst van opdracht', *TRA* 2016/24

Van Drongelen & Korver 2019

J. van Drongelen en D.J.J. Korver, 'Over de 'verantwoordelijke persoon' oftewel over de handhaving van het verbod van kinderarbeid', *AR* 2019/49, afl. 11, p. 35-37

Van Drongelen & Lacroix 2012

J. van Drongelen en S.E.H. Lacroix, *De vrijheid van arbeidskeuze en de regeling van nevenarbeid in collectieve arbeidsovereenkomsten*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012

Dukes 2020

R. Dukes, 'Regulating Gigs', *Modern Law Review* 2020, Vol. 83, No. 1, p. 217-228

Dyer 2005

C. Dyer, *An Age of Transition?: Economy and Society in England in the Later Middle Ages*, Oxford: Clarendon Press 2005

Edwards & Veale 2017

L. Edwards & M. Veale, 'Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' is probably not the remedy you are looking for', 16 *Duke Law & Technology Review* 18 (2017)

Erkens 2019

M.Y.H.G. Erkens, 'De ILO en Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (MVO)', *TRA* 2019/6

Eurofound 2020

Eurofound, *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, Dublin, 2020

Eurofound & ILO 2017

Eurofound and the International Labour Office, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the EU, Luxembourg and the ILO, Geneva, 2017

Europees Parlement 2019

EPRS, *A governance framework for algorithmic accountability and transparency*, Brussel, 2019

Europees Parlement 2020

European Parliament, *Resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability* (2020/2129(INL))

Europese Commissie 2016

EC, Mededeling van de Commissie, *Een Europese agenda voor de deeleconomie*, COM(2016) 356final

Europese Commissie 2018

EC, *Aanbeveling inzake de toegang tot sociale bescherming voor werknemers en zelfstandigen*, COM(2018) 132 final

Europese Commissie (AI HLEG) 2019

Deskundigengroep op hoog niveau inzake kunstmatige intelligentie, *Ethische Richtsnoeren voor Betrouwbare KI*, 8 april 2019

Felderhof & Rozenbroek 2019

L.E. Felderhof en M.P.C. Rozenbroek, 'Een gelijk speelveld in de online platformeconomie?', *NtER* 2019 nr. 5/6, p. 142-148

Felstiner 2011

A. Felstiner, 'Working the crowd: Employment and labor law in the crowdsourcing industry', *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, 2011/1, p. 167

Flier 2017

M.P. Flier, *Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelaties*, Interdepartementale ambtelijke werkgroep, Den Haag, 2017

Forde e.a. 2017

Ch. Forde, M. Stuart, S. Joyce, L. Oliver, D. Valizade, G. Alberti, K. Hardy, V. Trappmann, Ch. Umney, C. Carson, *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, Brussel: European Union 2017

Foucault 2008

M. Foucault, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France 1978-1979*, New York: Palgrave Macmillan 2008

Franssen 1976

J.J.M. Franssen, *De Bossche arbeider in zijn werk- en leefmilieu in de tweede helft van de negentiende eeuw*, Tilburg: Stichting Zuidelijk Historisch Contact 1976

Frenken e.a. 2017

K. Frenken, A. van Waes, M. Smink & R. van Est, *Eerlijk delen – Waarborgen van publieke belangen in de deeleconomie en de kluseconomie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2017

Fudge 2011

J. Fudge, 'Labour as a 'Fictive Commodity': Radically Reconceptualizing Labour Law', in: G. Davidov & B. Langille, *The Idea of Labour Law*, Oxford: OUP 2011, p. 120-136

Gardner 2018

J. Gardner, 'The Contractualisation of Labour Law', in: H. Collins e.a. (eds.), *Philosophical Foundations of Labour Law*, Oxford: OUP 2018, p. 33-47

Garin e.a. 2020

A. Garin, E. Jackson, D.K. Koustas & C. McPherson, 'Is New Platform Work Different from Other Freelancing?', *AEA Papers and Proceedings*, 2020, 110: p. 157-61

Van Gerwen & van Leeuwen 1998

J. van Gerwen & M.H.D. van Leeuwen (red.), *Studies over zekerheidsarrangementen*, Amsterdam: NEHA/Verbond van verzekeraars 1998

De Gier 2016

E. de Gier, *Capitalist Workingman's Paradises Revisited: Corporate Welfare Work in Great Britain, the USA, Germany and France in the Golden Age of Capitalism, 1880-1930*, Amsterdam: AUP 2016

Gillis & Spiess 2019

T. Gillis en J. Spiess, 'Big Data and Discrimination', *University of Chicago Law Review* nr. 86.2, 2019

Global Commission on the Future of Work 2019

Global Commission on the Future of Work, *Work for a brighter future*, Geneva: ILO 2019

Goanta & Mulders 2019

C. Goanta en S. Mulders, 'Eerst denken, dan doen? Social media, databrokers en oneerlijke handelspraktijken', *WPNR* 2019/7221

Graef 2018

I. Graef, 'Blurring Boundaries of Consumer Welfare: How to Create Synergies Between Competition, Consumer and Data Protection Law in Digital Markets', in: M. Bakhoum, B. Conde Gallego, M.-O. Mackenrodt & G. Surblytė-Namavičienė (red.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: Towards a Holistic Approach?*, Berlin: Springer 2018, p. 121-151

Gray & Suri 2019

M. Gray and S. Suri, *GHOST WORK How to Stop Silicon Valley from Building a New Global Underclass*, Boston: Houghton Mifflin Harcourt 2019

Grosheide 2015

E.F. Grosheide, 'Overheid en sociale partners op wenkbrauwgesprek bij Europa', *TRA* 2015/99, p. 3-9

Guidotti, Monreale, Ruggieri, Turini, Giannotti & Pedreschi 2018

Guidotti, Monreale, Ruggieri, Turini, Giannotti & Pedreschi, 'A survey of methods for explaining black box models', Cornell University *arXiv* 1802.01933v3, 21 juni 2018.

Hannak 2017

A. Hannak e.a., 'Bias in Online Freelance Marketplaces: Evidence from Task Rabbit and Fiverr', *Proceedings of the 2017 ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work and Social Computing, CSCW* 2017

Hartman & Vegter 2010

E. Cremers-Hartman & M.S.A. Vegter, 'Oordelen Geslacht', in: *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2009*, Utrecht: Commissie Gelijke Behandeling (CGB) 2010

Helwegen, Louizos & Forré 2020

R. Helwegen, C. Louizos & P. Forré, 'Improving Fair Predictions Using Variational Inference In Causal Models', Cornell University *arXiv* 2008.10880v1, 25 juni 2020

Hepple 1986

B. Hepple (ed.), *The making of labour law in Europe*, London: Mansell Publishing 1986

Hochschild 2012

A.S. Hochschild, *The Managed Heart: Commercialization of Human Feeling*, University of California Press, 2012

Van der Hof 2019

S. van der Hof, *Klik, swipe, like... je bent verkocht! Opgroeien in een wereld van surveillance kapitalisme* (diesoratie Leiden), 8 februari 2019

Van der Hof 2020

S. van der Hof, E. Lievens, I. Milkaite, V. Verdoodt, T. Hannema, T. Liefwaard, 'The Child's Right to Protection against Economic Exploitation in the Digital World', *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 28, 2020/4, p. 833-859.

Hoekstra 2018

R.F. Hoekstra, 'Het Grondrecht op Collectief Onderhandelen van Zelfstandigen Versus het Europese Mededingingsrecht', *ArA* 2018/12, p. 43-83

Horton et al. 2017

J. Horton et al., 'Digital Labour Markets and Global Talent Flows', *Harvard Business School Working Paper* 2017, No. 17-096

Houben 2008

E.J. Houben, 'Betrouwbaarheidstoetsing bij integriteitgevoelige functies', *ArbeidsRecht* 2008/8

Houwerzijl 2013

M.S. Houwerzijl, 'Naar een 'fair and genuine European labour market?', *TRA* 2013/90

Houwerzijl 2017a

M.S. Houwerzijl, 'Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: een verkenning', *TRA* 2017/14, p. 3-8

Houwerzijl 2017b

M.S. Houwerzijl, 'Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: transnationale dimensies en dilemma's', *TRA* 2017/59

Houwerzijl 2021

M.S. Houwerzijl, 'Vrij verkeer, detachering en toepasselijk recht', in: F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Europees arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021 (5^e druk), p. 81-149

Houwerzijl & Zekić 2021

M.S. Houwerzijl en N. Zekić, 'Artikel 19 – Werkgelegenheid en arbeidskeuze', in: *Nederland Rechtsstaat, wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet*, 2021, <https://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?artikel=19>

Van den Hoven van Genderen 2020

R. van den Hoven van Genderen, 'Algoritmen en AI: distopische black box of glazen bol? Is een wettelijk kader voor transparantie van algoritmen mogelijk en wenselijk?', *Computerrecht* 2020/5

Howe 2006

J. Howe, *Crowdsourcing: A definition*, 2006, <http://www.crowdsourcing.com>

Huiskamp, Sanders & Van den Bossche 2011

R. Huiskamp, J. Sanders en S. van den Bossche, 'Meerdere banen: noodzaak of uitdaging?', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2011/2, p. 156-174

Hunt 1993

A. Hunt, *Explorations in Law and Society: Toward a Constitutive Theory of Law*, New York: Routledge 1993

Huppes & Wildenbeest 2019

N. Huppes en T.L. Wildenbeest, 'Vereist art. 7:425 BW menselijke tussenkomst of kan een online platform ook bemiddelen?', *Contracteren* 2019/4, p. 128-137

IBO 2015

IBO, *IBO zelfstandigen zonder personeel*, Den Haag: Ministerie van Financiën 2015

ILO 2016a

V. De Stefano, 'The rise of the "just-in-time workforce": on-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"', *ILO Working paper 74*, Geneva: ILO 2016

ILO 2016b

J. Berg, 'Income security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers', *ILO Working paper 71*, Geneva: ILO 2016

ILO 2016c

ILO, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, Geneva: ILO 2016

ILO 2018a

ILO, *Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world*, Geneva: ILO 2018

ILO 2018b

ILO, *Job quality in the platform economy*, Issue Brief #5, Cluster 3: Technology for social, environmental and economic development, Prepared for the 2nd Meeting of the Global Commission on the Future of Work, 15–17 February 2018

ILO 2019a

D. Grimshaw, *Future of Work Research: Digital Labour Platforms*, ILO Research Department, UNCSTD Presentation, Vienna, January 2019

ILO 2019b

H. Johnston, C. Land-Kazlauskas, 'Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy', *ILO Working paper 94*, Geneva: ILO 2019

ILO 2021

ILO, *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Geneva: ILO 2021

Ilse, Larsen & Bach 2021

A. Ilse, T.P. Larsen en E.S. Bach, 'Multiple jobholding in the digital platform economy: signs of segmentation' *Transfer* 2021, vol. 27, nr. 1, p 1-18

Inspectie SZW 2019

Inspectie SZW, *Staat van eerlijk werk 2019. Risico's aan de onderkant van de arbeidsmarkt*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, oktober 2019

Jägers 2019

N. Jägers, 'Mensenrechten en bedrijven, quo vadis', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* 2019/16

Jansen & Loonstra 1997

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, *Functies onder spanning. Een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1997

Jones & Prassl 2017

B. Jones & J. Prassl, 'The concept of 'Employee': the position in the UK', in: B. Waas & G. Heerma van Vos (ed.), *Restatement of Labour Law in Europe, Volume 1, The concept of Employee*, Oxford: Hart publishing 2017, p. 747-769

Jorens 2021

Y. Jorens, 'The Sharing Economy in Belgium: Status due to Taxation or Non-Status?' in: U. Becker & O. Chesalina, (eds.), *Social law 4.0. New approaches for ensuring and financing social security in the digital age*, Baden-Baden: Nomos 2021, p. 75-95

Jovović 2018

M. Jovović, 'Ter Visie – Algoritmische discriminatie', *TAO* 2018/4

Kahneman 2011

D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, New York: Farrar, Straus and Giroux 2011

Kim 2017

P.T. Kim, 'Data-Driven Discrimination at Work', 58 *Wm. & Mary L. Rev.* 2017

Kleinberg, Ludwig, Mullainathan & Rambachan 2018

J. Kleinberg, J. Ludwig, S. Mullainathan & A. Rambachan, 'Algorithmic Fairness', *AEA Papers and Proceedings* Vol. 108, 2018

Kleinberg, Ludwig, Mullainathan & Sunstein 2018

J. Kleinberg, J. Ludwig, S. Mullainathan & C.R. Sunstein, 'Discrimination In The Age Of Algorithms', *Journal of Legal Analysis*, Vol. 10, 2018

Klooststra 2020

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

Klosse & Montebovi 2020

S. Klosse en S. Montebovi, 'Sociale zekerheid voor zelfstandigen: hoe regel je dat? Een blik over de grenzen', *TRA* 2020/3

Klosse & Vonk 2020

S. Klosse en G. Vonk, *Hoofdzaken Socialezekerheidsrecht*, Boom juridisch 2020 (5^e druk)

Knegt 2008

R. Knegt (red.), *The employment contract as an exclusionary device*, Antwerp: Intersentia 2008

Knegt 2012

R. Knegt, 'Burgerschap en niet-statelijk recht: een reconstructie', *Recht der Werkelijkheid* (33) 2012, 1, p. 41-55

Knegt 2016

R. Knegt, 'Framing labor contracts: contract versus network theories'. *Recht der Werkelijkheid* (37) 2016, 3, p. 76-94

Knotter 2001

A. Knotter, 'Problems of the 'family economy'', in: M. Prak (ed.), *Early Modern Capitalism: Economic and Social Change in Europe, 1400-1800*, London & New York: Routledge 2001, p. 135-160

Koolhoven 2015

R. Koolhoven, 'Kwalificatie en rechtspluralisme in "de deeleconomie"', *MvV* 2015/6, p. 186-193

Koster 2020

H. Koster, 'De Wet zorgplicht kinderarbeid nader belicht', *Onderneming & Financiering* 2020/1

Kötter 2010

R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2010

Kraan & Verbiest 2019

K. Kraan en S. Verbiest, *Trends in kwaliteit van de arbeid van flexibele en vaste werknemers en multi-jobbers: De ontwikkelingen in het afgelopen decennium*, Leiden: TNO 2019

Kremer 2019

S.J. Kremer, 'Actualiteit – Weg met het gezagscriterium, een pleidooi voor (on)afhankelijkheid', *TAO* 2019/1, p. 46-52

Kroon en De Casparis

J.P. Kroon en P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer (online)

Kruit & Ouwehand 2018

P. Kruit & M. Ouwehand, 'Platformarbeid: de ene platformwerk(nem)er is de andere niet', *TRA* 2018/58

Krüger 2018

S. Krüger, *Study on contractual relationships between online platforms and their professional users*, Luxembourg: European Commission 2018

Kuijpers 2006

E. Kuijpers, *Who builds the city walls?*, Utrecht 2006 (ongepubliceerd manuscript)

Kullmann-Klocke 2019

M. Kullmann-Klocke, 'Platformwerk, besluitvorming door algoritmen en bewijs van algoritmische discriminatie', *Ondernemingsrecht* 2019/20

Kumar, O'Brien, Albert & Vilojen 2018

R.S.S. Kumar, D.R. O'Brien, K. Albert & S. Vilojen, 'Law and Adversarial Machine Learning', arXiv 1810.10731v1, 25 oktober 2018

Laagland & Kloostra 2019

F.G. Laagland & J. Kloostra, 'De Engelse tussencategorie als oplossing voor platformwerk: mythe of werkelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2019/7

Laan & Thole 2016

V. Laan en E. Thole, 'Nieuwsgierige werkgevers: Let op privacygrenzen bij verwerken van gegevens van sollicitanten en werknemers', *ArbeidsRecht* 2016/8

Van der Landen & Verlaan 2014

J.S. van der Landen en F.T. Verlaan, 'Verklaring Omtrent Gedrag in het arbeidsrecht: van schijnzekerheid naar waarborg', *ArbeidsRecht* 2014/26

Levenbach 1926

M. Levenbach, *Arbeidsrecht als deel van het recht* (oratie GU Amsterdam 1926), herdrukt in: *Van sociale politiek naar sociaal recht*, Alphen a/d Rijn: Samson 1966, p. 55-71

Lianos et al. 2018

I. Lianos, N. Countouris & V. De Stefano, 'Re-Thinking Competition Law/Labour Law Interaction – Promoting A Fairer Labour Market', *ELLJ* 2018/10 (3), p. 291-333

Liebman & Lyubarsky 2017

W.B. Liebman & A. Lyubarsky, 'Crowdworkers, the Law and the Future of Work: The U.S.' in: Waas, Liebman, Lyubarsky, Kezuka, *Crowdwork – A Comparative Law Perspective* (HSI-Schriftenreihe Band 22), Frankfurt am Main: 2017

Lieman 2019

R. Lieman, 'Ratings en prikkels: hoe zelfstandig zijn platformwerkers?', *TAC* 2019/1

Lieman 2018

R. Lieman, *Uber voor alles. Hoe de on demand-economie ons leven beïnvloedt*, Amsterdam/Antwerpen: Business Contact 2018

Van der Linden 2008

M. van der Linden, *Workers of the world*, Leiden: Brill 2008

Liu 2012

G. Liu, *Agricultural wage labour in fifteenth-century England* (Durham theses), Durham University 2012, <http://etheses.dur.ac.uk/3353/>

Lorraine 2017

C. Lorraine, 'How Remote Work Could Help Refugees', *World Economic Forum*, November 22, 2017, <https://www.weforum.org/agenda/2017/11/remote-work-could-help-refugees/>

Lups 2003

H.M. Lups, 'Het recht van de waag en de ontwikkeling van de Amsterdamse stapelmarkt', *Ons Erfgoed* (11) 2003/4, p. 59-65

Mandrescu 2018

D. Mandrescu, 'When Algorithmic pricing meets concerted practices – the case of Partneo', *Lexxion Core Blog* 2018, <<https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/when-algorithmic-pricing-meets-concerted-practices-the-case-of-partneo/>>

McInnis e.a. 2016

B. McInnis e.a., 'Taking a HIT: Designing around Rejection, Mistrust, Risk, and Workers' Experiences in Amazon Mechanical Turk' (paper CHI Conference 2016), DOI: 10.1145/2858036.2858539

Messenger 2018

J. Messenger, 'Working time and the future of work', Research Paper No. 6, ILO Future of Work Research Paper Series, Geneva: ILO 2018

Ministerie van Financiën 2020a

Ministerie van Financiën, *Syntheserapport. Bouwstenen voor een beter belastingstelsel*, april 2020

Ministerie van Financiën 2020b

Ministerie van Financiën, *Het belasten van inkomsten behaald uit de deel- en kluseconomie. Bouwstenen voor een beter belastingstelsel*, mei 2020

Ministerie van Financiën 2020c

Ministerie van Financiën, *Fichebundel beleidsopties, bijlage bij Bouwstenen voor een beter belastingstelsel*, mei 2020

Möhlman & Zalmanson 2017

M. Möhlmann and L. Zalmanson, 'Hands on the wheel: Navigating algorithmic management and Uber drivers' autonomy', *Proceedings of the International Conference on Information Systems (ICIS 2017)*, December 10-13, Seoul, South Korea

Molnar 2020

C. Molnar, *Interpretable Machine Learning: A Guide for Making Black Box Models Explainable*, Morrisville, NC: Lulu Publishing 2020, <https://christophm.github.io/interpretable-ml-book/>

S.H.M. Montebovi 2016

S.H.M. Montebovi, *Activering en privatisering in de Nederlandse ziekte- en arbeidsongeschiktheidsregeling in grensoverschrijdende situaties*, Antwerpen: Maklu 2016

Montebovi, Barrio & Schoukens 2017

S. Montebovi, A. Barrio en P. Schoukens, 'De sociale zekerheid en de niet-standaard arbeidsrelaties: ontwikkelingen in Europa en Nederland', *TRA* 2017/82

Naumowicz 2021

K. Naumowicz, 'Digital Nomads on Polish Labour Market: Legal Situation, Risks and Expectations', in: A. Perulli, T. Treu (eds.), *The Future of Work: Labour Law and Labour Market Regulation in the Digital Era*, Wolters Kluwer 2021

Nerinckx 2012

S.Nerinckx, *International: Cross-bordertele-working: beware!*, 2012, <http://www.fieldfisher.com/publications/2012/06/>

Nowag 2016

J. Nowag, 'UBER between Labour and Competition Law', *LSEU* 2016/3, p. 95-104

OESO 2019

OESO, *OECD Input to the Netherlands Independent Commission on the Regulation of Work*, June 2019

O'Neil 2016

C. O'Neil, *Weapons of Math Destruction, How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Penguin, 2016

Van Ooij 2020

E. van Ooij, 'Highly mobile workers challenging Regulation 883/2004: Pushing borders or opening Pandora's box?' *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, Vol. 27(5), p. 573-597

Pasquale 2015

F. Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money And Information*, Cambridge: Massachusetts 2015

Pennings 2018

F.J.L. Pennings, 'Zelfstandigen zonder personeel', in: Pennings & Plantenga (red.), *Nieuwe vormen van arbeidsrelaties en sociale bescherming*, Zutphen: Paris 2018, p. 65-85

Perulli & Treu (eds.) 2021

A. Perulli, T. Treu (eds.), *The Future of Work: Labour Law and Labour Market Regulation in the Digital Era*, Wolters Kluwer 2021

Peters 2021

S.S.M. Peters, 'Monitoring en surveillance op het werk – de werknemer opnieuw geknecht?', *TRA* 2021/42

Plantenga 2017

J. Plantenga, 'Flexibel werken en de combineerbaarheid van arbeid en zorg', in: M. Kremer, R. Went en A. Knottnerus (red.), *Voor de zekerheid*, Den Haag: WRR 2017, p. 257-273

Pope & Syndor 2011

D.G. Pope en J.R. Sydnor, 'Implementing Anti-Discrimination Policies in Statistical Profiling Models', *American Economic Journal: Economic Policy* 2011-3

Popma 2013

J. Popma, 'The Janus face of the 'New Ways of Work'. Rise, risks and regulation of nomadic work', *ETUI Working Paper*, Brussels 2013

Prassl 2018

J. Prassl, *Humans as a Service. The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, Oxford: OUP 2018

Putker 2007

A. Putker, '(Pre-)employment screening: 'his past is your future'', *ArbeidsRecht* 2007/54

Raad van Europa (Schulz) 2018

W. Schulz, K. Turk, B. de la Chapelle, T. Kerševan-Smokvina, M. Kettemann, D. Nielandt, A. Nedyak, P. Podvinskis, Th. Schneider, S. Stalla-Bourdillon, D. Voorhof, B. Wagner, *Algorithms and human rights, Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implication*, Strasbourg: Council of Europe, March 2018

Raad van Europa (Zuiderveen Borgesius) 2018

F. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Strasbourg: Council of Europe 2018

Rafnsdóttir & Stefánsson 2014

G.L. Rafnsdóttir en A.S. Stefánsson, 'Virtual Work and Work-Life Balance for Managers', *International Journal of Business and Management* 2014, Vol. 9, No. 11, p. 1-12

Raghnavan, Barocas, Kleinberg & Levy 2019

M. Raghnavan, S. Barocas, J. Kleinberg, K. Levy, *Mitigating Bias in Algorithmic Hiring: Evaluating Claims and Practices*, Cornell University, Dec. 2019, <https://arxiv.org/pdf/1906.09208.pdf>

Rapport Autoriteit Persoonsgegevens 2016

Autoriteit Persoonsgegevens (AP), *Onderzoeksrapport Hoffmann, Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens bij pre en in-employment screening* (kenmerk Z2015-00380), 2016

Rapport Autoriteit Persoonsgegevens 2017

Autoriteit Persoonsgegevens (AP), *Onderzoeksrapport BrainCompass* (kenmerk: z2016-00227), 2017

Ratti 2017

L. Ratti, 'Online platforms and crowdwork in Europe: a two-step approach to expanding agency work provisions?', *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2017/3, p. 477-511

Regtdoorzee Greup-Roldanus 1936

S.C. Regtdoorzee Greup-Roldanus, *Geschiedenis der Haarlemmer Bleekerijen*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1936

Rietveld, Baks & Bier 2021

S. Rietveld, L.J.M. Baks & B. Bier, 'De Wet zorgplicht kinderarbeid en de opkomst van human rights due diligence; van vrijwilligheid naar verplichting', *Ondernemingsrecht* 2021/25

Van Rijs & Widera-Stevens 2011

A.D.M. van Rijs & G.A.L. Widera-Stevens, 'Implementatie van het Maritiem Arbeidsverdrag 2006', *TRA* 2011/8-9, p. 16-20

Risak & Dullinger 2018

M. Risak & T. Dullinger, *The concept of 'worker' in EU law. Status quo and potential for change*, Brussels: ETUI 2018, p. 42

RMO 2014

Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *De verleiding weerstaan. Grenzen aan beïnvloeding van gedrag door de overheid*, Den Haag: RMO 2014

Rombouts 2019

S.J. Rombouts, 'Fundamentele Arbeidsnormen en Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen: Rechten, Instrumenten en Actie', *TAP* 2019/1

Roozendaal 2011

W.L. Roozendaal, *Werk en privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011

Roozendaal 2012

W.L. Roozendaal, 'Flexibel verlof en flexibel werken', *TRA* 2012/26

Roozendaal 2015

W.L. Roozendaal, 'Inzage in personeelsdossiers: alleen feiten en geen meningen?', *TvAO* 2015/1

Roozendaal 2018

W.L. Roozendaal, 'Big data op de werkvloer', *TRA* 2018/66

Rose 1998

N. Rose, *Inventing Our Selves: Psychology, Power and Personhood*, Cambridge: Cambridge University Press 1998

Rosser 1997

G. Rosser, 'Crafts, guilds and the negotiation of work in the Medieval town', *Past & Present* (154) 1997, p. 3-31

Rudin 2019

C. Rudin, 'Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead', *Nature Machine Intelligence*, 2019, Vol. 1

Said 2017

S. Said, 'Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!', *ArA* 2017/1

Sandvig 2015

C. Sandvig, 'Seeing the Sort: The Aesthetic and Industrial Defence of 'the Algorithm'', *Media-N* 2015/1, nr. 11

Sandvig, Hamilton, Karahalios & Langbort 2014

C. Sandvig, K. Hamilton, K. Karahalios & C. Langbort, 'Auditing Algorithms: Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms', paper voor Data and Discrimination: Converting Critical Concerns into Productive Inquiry (64th Annual Meeting of the International Communication Association, 22 mei 2014)

Schaub 2020

M.Y. Schaub, *Onlineplatformen* (Monografieën Privaatrecht nr. 19), Deventer: Wolters Kluwer 2020

Schermer, Hagnauw & Falot 2018

B.W. Schermer, D. Hagnauw, N. Falot, *Handleiding Algemene verordening gegevensbescherming en Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming*, i.o.v. Ministerie van Justitie, Den Haag, 8 januari 2018

Schermer, van Ham & Falkena 2020

B. Schermer, J. van Ham & K.W. Falkena, *Onvoorziene effecten van zelflerende algoritmen* (Rapport voor Ministerie van Economische Zaken en Klimaat), Considerati, 14 september 2020

Van Schevichaven 1924

H.D.J. van Schevichaven, *Slavernij en dienstbaarheid, hoofdzakelijk in de Vroege Middeleeuwen*, Arnhem: Gouda Quint 1924

Schor e.a. 2020

J.B. Schor, W. Attwood-Charles, M. Cansoy, I. Ladegaard en R. Wengronowitz, 'Dependence and precarity in the platform economy', *Theory and Society* 2020, Vol. 49, p. 833-861

Schoukens 2000

P. Schoukens, *De sociale zekerheid van de zelfstandige en het Europees Gemeenschapsrecht: de impact van het vrije verkeer van zelfstandigen* (diss. KU Leuven), Leuven: Acco 2000

Schoukens 2019a

P. Schoukens, 'Social security coordination and non-standard forms of (self)employment', *Revue belge de sécurité sociale*, 2019, 1E, p. 81-112

Schoukens 2019b

P. Schoukens, *Extending formal coverage Thematic Discussion Paper*, Brussels: EU Commission Mutual Learning on Access to Social Protection 2019

Schoukens 2020a

P. Schoukens, *Adequacy and financing. Thematic Discussion Paper*, Brussels: EU Commission Mutual Learning on Access to Social Protection 2020

Schoukens 2020b

P. Schoukens, *Effective coverage Thematic Discussion Paper*, Brussels: EU Commission Mutual Learning on Access to Social Protection 2020

Schoukens 2020c

P. Schoukens, *Access to social protection for workers and the self-employed Transparency and transferability* (Thematic Discussion Paper), Brussels: EU Commission 2020, en bijlage

Schoukens 2021

P. Schoukens, 'Building Up and Implementing the European Standards for Platform Workers', in: U. Becker & O. Chesalina, (eds.), *Social law 4.0. New approaches for ensuring and financing social security in the digital age*, Baden-Baden: Nomos 2021, p. 309-334

Schoukens & Montebovi 2019

P. Schoukens, S. Montebovi, 'Zzp'ers sociaal verzekeren: welk vangnet is er (nodig)?, *AA* 2019, p. 354-359.

Schreurs & Van der Kind 2006

S.K. Schreurs en O. van der Kind, 'Werk naast werk: baas boven (eigen) baas?', *ArbeidsRecht* 2006/39

Schriner and Oerther 2014

A. Schriner & D. Oerther, 'No Really, (Crowd) Work is the Silver Bullet', *Procedia Engineering*, 78, 224-228. 10.1016/j.proeng.2014.07.060

Schröder 1984

R. Schröder, *Zur Arbeitsverfassung des Spätmittelalters*, Berlin: Duncker & Humblot 1984

SCP 2019

I. Andriessen, E. Nievers, L. Faulk en J. Dagevos, *Liever Mark dan Mohammed? Onderzoek naar arbeidsmarktdiscriminatie van niet-westerse migranten via praktijktests*, Den Haag: SCP 2019

SCP 2021

A. Roeters, P. van Echtelt, C. Vrooman, J.D. Vlasblom, M. Olsthoorn, *De veranderende wereld van werk. Een verkenning van de kwaliteit van werk in de toekomst*, Den Haag: SCP 2021

Senatori 2020

I. Senatori, 'The European Framework Agreement on Digitalisation: a Whiter Shade of Pale?', *Italian Labour Law e-Journal*, Vol. 13, 2020/2

SER 2010

SER, *Zzp'ers in beeld*, advies 10/04, Den Haag: SER 2010

SER 2018

SER, *De vele kanten van banen combineren*, Verkenning nr. 18/02, Den Haag: SER, maart 2018

SER 2020

SER, *Hoe werkt de platformeconomie*, Verkenning 20/09, Den Haag: SER, oktober 2020

SER 2020/8

SER, *Samen naar duurzame ketenimpact*, advies 2020/8, Den Haag: SER 2020

Van Slooten 2017

J.M. van Slooten, 'Ter Visie – Platformarbeid: nog een reden tot rethinking van het arbeidsrecht', *TAO* 2017

Van Steenbergen & Wits 2020

H. van Steenbergen & E.B. Wits, 'Naar een doeltreffend onderscheid tussen werknemerschap en ondernemerschap. Hoe een vermoeden van werknemerschap schijnzelfstandigheid kan terugdringen', *TRA* 2020/91

De Stefano 2016

V. De Stefano, 'The rise of the "just-in-time workforce": On-demand work, crowdwork, and labor protection in the "gig-economy"', *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2016, Vol. 37, No 3, p. 471-504

De Stefano et al. 2021

V. De Stefano, I. Durri, Ch. Stylogiannis, M. Wouters, 'Platform work and the employment relationship', *ILO Working paper* 27, Geneva, 2021

De Stefano & Aloisi 2019

V. De Stefano, A. Aloisi, 'Fundamental Labour Rights, Platform Work and Human-Rights Protection of Non-Standard Workers', in: J.R. Bellace and B. ter Haar (eds.), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2019

Steinberg 2003

M.W. Steinberg, 'Capitalist Development, the Labor Process, and the Law', *American Journal of Sociology* (109) 2003, p. 445-495

Stichting van de Arbeid 2020

Stichting van de Arbeid, *Keuze voor zekerheid. Zelfstandigen standaard verzekerd tegen langdurig inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid*, Den Haag: StvdA maart 2020

Suarez 2017

B. Suarez, 'The 'Gig' Economy and its Impact on Social Security: The Spanish example', *EJSS* 2017, Vol. 19(4), p. 293-312

Teychiné Stakenburg 1984

A.J. Teychiné Stakenburg, *Zakkendragers van Rotterdam*, Rotterdam: De Boer/Donia 1984

Tjong Tjin Tai 2016

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Professional diligence and the UCP Directive', *European Review of Contract Law* 2016/1, p. 1-20

Tjong Tjin Tai 2018

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Platformen als uitdaging voor het privaatrecht', *WPNR* 2018/7214

TNO 2018

P. Piek, K. Putnik, M. Schoone en N. Wiezer, *Risico's voor discriminatie bij werving en selectie. Huidige gang van zaken en trends* (Rapport voor Inspectie SZW), Leiden: TNO 19 oktober 2018

Vas Nunes 2018

P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in de arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2018

Vegter 2021

M.S.A. Vegter, 'Werken waar je wil(t)', *TAC* 2021/1

Verbiest e.a. 2020

S.E. Verbiest, H.A. van der Ven en R.E.C. van den Bergh, *Platformarbeid in kaart brengen* (Rapport TNO 2020 P11442), Leiden: TNO oktober 2020

Verburg 2019

L.G. Verburg, 'Platformarbeid in Nederland', in: C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & I.V. Aronstein (red.), *Onderneming en digitalisering* (Onderneming en recht nr. 116), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 93-132

Verhulp 2018

E. Verhulp, 'Platformwerkers verdienen meer!', *ArbeidsRecht* 2018/1

Verhulst & Semmler 1962

A. Verhulst & J. Semmler, 'Les statuts d'Adalhard de Corbie de l'an 822', *Le Moyen Age* (68) 1962, p. 91-123 en 233-269

Verkade 2016

D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Vermeulen 2017

K.P.D. Vermeulen, 'Ingrijpende wijzigingen in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag per 1 januari 2018', *TAP* 2017/7, p. 301

Vesters 2019

D.J.A. Vesters, 'De AVG in het sollicitatieproces, een goed begin is het halve werk', *TRA* 2019/26

Vetzo & Gerards 2019

M. Vetzo & J.H. Gerards, 'Algoritme-gedreven technologieën en grondrechten', *Computerrecht* 2019/3

Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018

M.J. Vetzo, J.H. Gerards, R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Den Haag: Boom juridisch 2018

Van der Voet 2018

G.W. van der Voet, *Het 'natte' arbeidsrecht. Een 'baken voor de toekomst' van onze 'onder water gelopen' polder?* (oratie EUR), Den Haag: Boom juridisch 2018

Vonk 2021

G. Vonk, 'Extending Social Insurance Schemes to "Non-Employees": The Dutch Example', in: U. Becker & O. Chesalina, (eds.), *Social law 4.0. New approaches for ensuring and financing social security in the digital age*, Baden-Baden: Nomos 2021, p. 147-169

Wachter & Mittelstadt 2019

S. Wachter & B. Mittelstadt, 'A Right to Reasonable inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI', *Columbia Business Law Review* 2019/2

Weber 2018

E. Weber, 'Setting out for Digital Social Security', *ILO Working Paper No. 34*, Genève: ILO 2018.

Weber 1976

M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr 1976

Ter Weel e.a. 2018

B. ter Weel, S. van der Werff, H. Bennaars, R. Scholte, J. Fijnje, M. Westerveld, T. Mertens, *De opkomst en groei van de kluseconomie in Nederland* (SEO-rapport no 2018-37), Amsterdam, 2018

Ter Weel e.a. 2019

B. ter Weel, H. Bussink, J. van Kesteren, *Keuzes in Sociale Zekerheid. Vier scenario's voor (arbeidsvormneutrale) verzekeringen voor arbeidsongeschiktheid, werkloosheid en langlevens* (SEO-rapport nr. 2019-109), Amsterdam, december 2019

Ter Weel e.a. 2020

B. ter Weel, J. van Kesteren, S. van der Werff, *Notitie Meting Kluseconomie* (SEO-rapport nr. 2020-04), Amsterdam, januari 2020

Weerepas & Essers 2020

M.J.G.A.M Weerepas en G. Essers, 'Coronamaatregelen voor thuiswerkende grenswerkers: een zegening?' *Tijdschrift Grensoverschrijdend Werken*, juli 2020

Werkvereniging 2020

Werkvereniging, *Toekomstvisie. Zo willen Modern Werkenden leven, leren en werken. Een klein boekje voor een grote hervorming*, 2020

Westerbeek 2014

M. Westerbeek, 'Onze hersenen willen een man als baas', *ArbeidsRecht* 2014/41

Westerman 2016

P.C. Westerman, 'Juridisch nudgen', *RMThemis* 2016/4

Westregård 2021

A. Westregård, 'Looking for the (fictitious) employer – Umbrella companies: the Swedish Example', in: U. Becker & O. Chesalina, (eds.), *Social law 4.0. New approaches for ensuring and financing social security in the digital age*, Baden-Baden: Nomos 2021, p. 203-229

Wetboek van werk 2019

R. Houweling e.a., *Wetboek van Werk 2025*, VAAN-VvA expertgroep, concept design juni 2019

Whish & Bailey 2018

R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, Oxford: OUP 2018

White House 2016

Rapport van het Witte Huis, *Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights*, Washington: White House Publishing 2016

Williams, Brooks & Shmargad 2018

B.A. Williams, C.F. Brooks & Y. Shmargad, 'How Algorithms Discriminate Based on Data they Lack: Challenges, Solutions and Policy Implications', *Journal of Information Policy* 2018-8

Wiskerke 1938

C. Wiskerke, *De Afschaffing der Gilden in Nederland*, Amsterdam: Paris 1938

De Wispelaere & Rocca 2020

F. De Wispelaere, M. Rocca, 'The dark side of the tour. Labour and social security challenges of highly mobile workers in the live performance sector', *ERA-Forum* 2020

De Wolff 2014

D.J.B. de Wolff, 'Het stapelen van banen arbeidsrechtelijk beschouwd', *ArbeidsRecht* 2014/42

WRR 2014

WRR, *Met kennis van gedrag beleid maken*, Den Haag, 2014

WRR 2020

WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, Den Haag, 2020

Van Zanden 1991

J.L. van Zanden, *Arbeid tijdens het handelskapitalisme*, Bergen: Octavo 1991

Zekić 2019

N. Zekić, 'Meten is weten: Het registreren van arbeidstijden', *ArbeidsRecht* 2019/50

Zekić 2020

N. Zekić, 'Flexibele arbeid', in: F.J.L. Pennings en L.C.J. Sprengers, *Ontslagrecht in hoofdlijnen*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 203-228

Žliobaitė & Custers 2016

I. Žliobaitė en B. Custers, 'Using sensitive personal data may be necessary for avoiding discrimination in data-driven decision models', *Artificial Intelligence and Law* 2016, nr. 24

Zuboff 2019

S. Zuboff, *The age of surveillance capitalism, The Fight for A Human Future at the New Frontier of Power*, Profile books, 2019

AUTEURSGEGEVENS

Dr. J.H. Bennaars is werkzaam als universitair hoofddocent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

Mr. J. van den Boom is werkzaam als promovendus in het mededingingsrecht bij Tilburg University.

Dr. I.J.M.A. Graef is universitair hoofddocent mededingingsrecht aan Tilburg University.

Prof. mr. M.S. Houwerzijl is hoogleraar arbeidsrecht aan Tilburg University.

Mr. M. Jovović is advocaat bij Stibbe.

Dr. R. Knegt is rechtssocioloog en was tot 2015 directeur van het HSI, Universiteit van Amsterdam.

Dr. S.H.M. Montebovi is universitair docent socialezekerheidsrecht aan Tilburg University.

Dr. S.J. Rombouts is universitair hoofddocent arbeidsrecht aan Tilburg University.

Prof. mr. dr. W.L. Roozendaal is hoogleraar sociaal recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

Prof. dr. P.S.J. Schoukens is hoogleraar socialezekerheidsrecht aan de KU Leuven en bijzonder hoogleraar Europees en internationaal socialezekerheidsrecht aan Tilburg University.

Prof. mr. J. M. van Slooten is advocaat bij Stibbe en hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

Prof. mr. E. Tjong Tjin Tai is hoogleraar privaatrecht aan Tilburg University.

Dr. N. Zekić is universitair hoofddocent arbeidsrecht aan Tilburg University.

MONOGRAFIEËN SOCIAAL RECHT

Onder redactie van:

Prof. mr. F.J.L. Pennings

Mr. L.C.J. Sprengers

Prof. mr. L.G. Verburg

Prof. mr. E. Verhulp

In de serie Monografieën Sociaal Recht zijn reeds verschenen:

1. Onderscheid naar leeftijd in het arbeidsrecht, mr. A.M. Gerritsen, 1994.
2. Europees arbeidsrecht, mr. G.J.J. Heerma van Voss, prof. mr. A.C.J.M. Geers, 1995; (2e druk 2013 mr. dr. S.S.M. Peters en prof. dr. R.M. Beltzer (red.); 3e druk 2015; (4e druk 2016, prof. mr. S.S.M. Peters en prof. mr. F.J.L. Pennings (red.)); (5e druk 2021, prof. mr. S.S.M. Peters en prof. mr. F.J.L. Pennings (red.)).
3. De Algemene bijstandswet, mr. J.M.L. Schell, 1995.
4. Werknemersconcurrentie, mr. F.B.J. Grapperhaus, 1995.
5. Collectief onderhandelen in de zorgsector, mr. W.G.M. Plessen, 1996.
6. Flexibilisering van het sociaal recht, mr. F.J.L. Pennings (red), prof. mr. W.J.P.M. Fase, mr. G.J.J. Heerma van Voss, mr. F. van Klaveren, dr. M.M.H. Kraamwinkel, mr. drs. B.B.B. Lanting, drs. G. van Loenen, mr. A.D.M. van Rijs, 1996.
7. Functies onder spanning, mr. C.J.H. Jansen, mr. C.J. Loonstra, 1997.
8. Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht, mr. F.B.J. Grapperhaus, prof. mr. C.J. Loonstra, mr. C.G. Scholtens (red), mr. D.J. Buijs, mr. L. Jansen, 1999 (2e dr. 1999, 3e dr. 2004).
9. Grondslagen van het Europese sociale zekerheidsrecht, mr. F.J.L. Pennings, 1997 (2e dr. 1999, 3e dr. 2000, 4e dr. 2002, 5e dr. 2005; 6e druk 2010 onder gewijzigde titel: Europees socialezekerheidsrecht).
10. Pensioenen, fondsen en verzekeraars, mr. P.M. Tulfer, 1997.
11. De Werkloosheidswet, prof. mr. F.J.L. Pennings, 1998 (2e dr. 2003; 3e dr. 2009 met mr. A.C. Damsteegt; 4e dr. 2017 mr. A.C. Damsteegt).
12. De Wet op de ondernemingsraden bij de overheid, mr. L.C.J. Sprengers, 1998.
13. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, mr. D.J.B. de Wolff, 1999.
14. Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht, mr. M.A.C. de Wit, 1999.
15. De uitzendovereenkomst, mr. F.B.J. Grapperhaus, mr. M. Jansen, 1999.

16. De zieke werknemer, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, mr. L. van den Berg, mr. W.H.A.C.M. Bouwens, mr. M.J.J. Dankbaar, mr. R.L. van Heusden, mr. C.C.A.M. Jacobs-de Klerk, mr. W.L. Roozendaal, 1997 (2e dr. 1999, 3e dr. 2003, 4e dr. 2007 met prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, prof. mr. W.A.H.C.M. Bouwens, mr. W.L. Roozendaal, mr. C.C. A.M. Jacobs-de Klerk, mr. S.S.M. Peters, mr. A.H. Pool, mr. L. van den Berg).
17. Arbeid en loon, mr. J.M. van Slooten, 1999.
18. Het sociaal plan, mr. drs. J. van der Hulst, 1999.
19. Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming, mr. P.W. van Straalen, 1999.
20. Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten, mr. drs. A.C. Hendriks, 1999.
21. De WAO, mr. F.J.L. Pennings, 2000 (2e dr. 2002).
22. Internationale intra-concernmobiliteit, mr. C.M.E.P. van Lent, 2000.
23. Overgang van onderneming, mr. drs. R.M. Beltzer, 2000 (2e druk 2007 onder titel Overgang van onderneming in de private en publieke sector).
24. Verzekeringen van solidariteit, mr. P.S. Fluit, 2001.
25. Flexibele arbeidsrelaties, prof. mr. E. Verhulp (red), mr. R.M. Beltzer, prof. dr. K. Boonstra, mr. D. Christe, prof. mr. J. Riphagen, 2002 (2e druk 2017 onder redactie van mr. D.J.B. de Wolff en prof. mr. E. Verhulp, m.m.v. mr. dr. L. van den Berg, mr. E.C. van Fenema, mr. Y.A.E. van Houte en mr. dr. J.P.H. Zwemmer).
26. Gelijke behandeling bij de arbeid, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, mr. ing. W.C. Monster, 2002 (2e dr. 2005, onder titel Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid).
27. De ontslagpraktijk van de CWI, mr. dr. J. van Drongelen, mr. A.D.M. van Rijs, 2003 (2e druk 2008, 3e druk 2012 onder titel De ontslagpraktijk van het UWV).
28. Collectief arbeidsrecht, prof. dr. A.T.J.M. Jacobs, 2003 (2e dr. 2005, 3e druk 2013, 4e druk 2017).
29. Arbeidsongeschiktheid, mr. B. Barentsen, 2003.
30. Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, mr. drs. S.F.H. Jellinghaus, 2003.
31. Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie, prof. mr. L.G. Verburg (red.), mr. D.J. Buijs, mr. B. Degelink, mr. drs. J. Heinsius, mr. E.M. Hoogeveen, mr. M. Holtzer, mr. J. van der Pijl, mr. L.C.J. Sprengers, mr. I. Zaal (2e druk 2008, 3e druk 2013, 4e druk 2015, 5e druk 2020).
32. Disfunctioneren en wangedrag van werknemers, prof. mr. E. Verhulp, mr. W.A. Zondag (red), mr. D.J. Buijs, mr. D.J. Rutgers, mr. W.H.A.C.M. Bouwens, mr. H.H. de Vries, mr. M.M. Koevoets, prof. mr. C.J. Loonstra, 2003.
33. Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht, mr. C. Bosse, 2003.
34. De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners, mr. A. Stege, 2003.
35. Nederlands sociale zekerheidsrecht in een internationale context, prof. mr. F.J.L. Pennings, 2004 (2e dr. 2006).
36. Aanstellingskeuringen, mr. C.W.G. Rayer, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, 2004.
37. Beëindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering, mr. R.L. van Heusden, 2005.

38. Verdund sociaal recht; Onderscheid naar ondernemingsomvang bij medezeggenschap, ziekte en ontslag, mr. S.S.M. Peters, 2006.
39. Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht, mr. M.S. Wirtz, 2006.
40. Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven, mr. L.G. Verburg, 2007.
41. De zelfstandige in het sociaal recht, dr. M.C.M. Aerts, 2007.
42. Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid, mr. dr. E. Koot-van der Putte, 2007 (2e dr. 2015; 3e druk 2020).
43. Nederlands arbeidsrecht in een internationale context, prof. mr. F.J.L. Pennings, 2007.
44. Goedwerknemerschap, mr. D.J.B. de Wolff, 2007.
45. Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief, mr. A.F. Bungener, 2008.
46. Scholing in het sociaal recht, prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss (red.), mr. B. Barentsen, mr. drs. F.H.J.G. Brekelmans, prof. mr. C.L.J. Caminada, mr. A.C. Damsteegt, mr. drs. A. Eleveld, mr. drs. M.H.Y.G. Erkens, mr. M. van Es, prof. dr. K.P. Goudswaard, mr. B.P. ter Haar, mr. drs. J. Heinsius, mr. A. Keizer, mr. M.B. Kerkhof, mr. S.F. Sagel, prof. mr. L.C.J. Sprengers, 2008.
47. De grondslagen van de ontslagvergoeding, mr. A. Baris, 2009.
48. De privacybescherming van de zieke werknemer, mr. I. van der Helm, 2009.
49. Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?, mr. N. Gundt, 2009.
50. Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht. Naar een eenvormig stelsel?, mr. H.J.W. Alt, 2009.
51. Inleiding Pensioenrecht, mr. dr. E.M.F. Schols-van Oppen, (1e druk 2010; 2e druk 2015).
52. Wet arbeid vreemdelingen, mr. E.J.A. Franssen, (1e druk 2010; 2e druk 2013).
53. De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd, mr. R.F. Kötter, 2010.
54. Werk en privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht, mr. W.L. Roozendaal, 2011.
55. Pluraliteit van werkgeverschap, mr. J.P.H. Zwemmer, 2012.
56. Inkomensbescherming bij levensloopactiviteiten, mr. S.E. Heeger, 2012.
57. Rechtspleging in arbeidszaken, mr. drs. M.Y.H.G. Erkens, 2013.
58. Het ontslag op staande voet, mr. S.F. Sagel, 2013.
59. Toegang tot het recht bij ziekte en arbeidsongeschiktheid. mr. drs. A.M.P. Rijpkema, 2013.
60. Privatisering en activering in de Nederlandse sociale zekerheid en solidariteit – een internationaal perspectief, mr. B. Hofman en prof. mr. F.J.L. Pennings, 2013.
61. Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid, mr. C.W.G. Rayer, 2014.
62. De WW en nieuwe sociale risico's, mr. drs. K.H. Hermans, 2014.
63. De reikwijdte van medezeggenschap, mr. I. Zaal, 2014.
64. De zelfstandige zonder personeel, prof. mr. G.C. Boot, mr. A.C. Damsteegt (red.), mr. E. Cremers-Hartman, mr. A.G. van Marwijk Kooy, 2014.

65. Werkzekerheid in het arbeidsrecht, mr. N. Zekić, 2014.
66. Re-integratie van zieke werknemers, mr. drs. G.A. Diebels, 2014.
67. Bijzonder ontslagprocesrecht, mr. D.M.A. Bij de Vaate, 2015.
68. De rechtspositie van de bestuurder, *benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder*, mr. J.H. Bennaars, 2015.
69. Grensoverschrijdende overgang van onderneming vanuit rechtsvergelijkend en conflictenrechtelijk perspectief, mr. I.A. Haanappel-van der Burg, 2015.
70. Naar zwarte, grijze en blauwe lijsten in het arbeidsrecht. *Een pleidooi voor algemene voorwaarden in het arbeidsrecht*, mr. J.J.M. de Laat, 2016.
71. Stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht mede in het licht van de WWZ en KEI, mr. dr. H.J.W. Alt, 2017.
72. De Wet werk en zekerheid, prof. mr. F.J.L. Pennings en mr. L.C.J. Sprengers (red.), 2018, (2e druk 2020, onder de titel Ontslagrecht in hoofdlijnen).
73. De Participatiewet. Een grondrechtenperspectief, mr. dr. A. Eleveld (red.), 2018.
74. Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg, mr. N. Jansen, 2019.
75. Arbeidsrecht en insolventie. Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever, mr. J. van der Pijl, 2019.
76. De oudere werkende en het sociaal recht, prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss en mr. A.G. van Marwijk Kooy (red.), 2020.
77. Sturingsinstrumenten in de WW: 1987-2020, mr. M.D. Ramparichan, 2021.
78. Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming. Sociaalrechtelijke uitdagingen in tijden van digitale transformatie, prof. mr. M.S. Houwerzijl, mr. dr. S.H.M. Montebovi & mr. dr. N. Zekić (red.), 2021.

De laatste jaren zijn op het vlak van platformwerk en algoritmes tal van juridische vragen gerezen, zoals: Wanneer zijn platformwerkers werknemer en wanneer zzp'er? Moeten we toe naar 'arbeidsvormneutrale' socialezekerheidsstelsels? Welke arbeidsrechtelijke bescherming is er voor (digitale) banenstapelaars? Bieden privaatrechtelijke regelingen een vorm van sociale bescherming voor platformwerkers? Hoe verhoudt het mededingingsrecht zich tot collectief onderhandelen voor zzp'ers? Dit is een greep uit de actuele vraagstukken die aan de orde komen in dit boek, mogelijk gemaakt door Instituut Gak.

Het boek belicht, vanuit breed juridisch perspectief, welke gevolgen 'Werk 4.0' heeft voor de sociale bescherming van werkenden en wat dit betekent voor het sociaal recht en beleid in de nabije toekomst. Digitalisering en de datarevolutie ('big data') bieden nieuwe mogelijkheden voor het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van arbeid en voor de organisatie van werkprocessen. Zo wordt via online platforms (digitale marktplaatsen) met behulp van algoritmes 'klus- en klikwerk' verdeeld. Tevens neemt het gebruik van online algoritmes toe in 'reguliere' bedrijven en instellingen, bijvoorbeeld bij automatisering van het sollicitatieproces. Door gezaghebbende auteurs wordt ingegaan op arbeidsrechtelijke, socialezekerheidsrechtelijke, privaatrechtelijke en mededingingsrechtelijke aspecten van platformwerk en algoritmisering. Vertrekpunt daarbij is het Nederlandse recht, maar ook Europees- en internationaalrechtelijke aspecten komen aan bod. Tevens is de sociale problematiek waarmee digitale transformatie van werk gepaard gaat in historisch perspectief geplaatst.

Het boek is bijzonder bruikbaar voor praktijkjuristen, beleidsmakers en andere geïnteresseerden in de opkomst van nieuwe flex-werkvormen, welke gekenmerkt worden door het (thuis)werken via online platforms, algoritmes en verzelfstandiging van werk. Maar ook voor studenten en medewerkers in het wetenschappelijk onderwijs vormt de uitgave een belangrijke bron van informatie.

www.wolterskluwer.nl



Wolters Kluwer