

Het arbeidsrecht moet op de schop

Ondernemingsrecht 2018/43

Column

Voor het arbeidsrecht zijn het tegenwoordig spannende tijden. De arbeidsmarkt is sterk in ontwikkeling als gevolg van fenomenen zoals flexibilisering en digitalisering. Dit leidt er in de eerste plaats toe dat steeds meer arbeidskrachten geen vaste arbeidsrelatie meer hebben met de onderneming waarin zij werken: de externe flexibele schil. Parallel daaraan ontwikkelt zich de interne flexibilisering van de arbeidsrelatie. Die ziet op ontwikkelingen waarbij binnen het omhulsel van de arbeidsovereenkomst tot een andere verdeling van rechten en plichten wordt gekomen. De externe en interne flexibilisering kennen dezelfde oorzaken en gaat steeds meer op elkaar lijken. Het gevolg zal een fundamentele verandering van het arbeidsrecht zijn. De plannen uit het Regeerakkoord¹ zullen daartoe onvoldoende blijken te zijn, is mijn inschatting.

Het begint allemaal met de kern van de arbeidsovereenkomst: de baan. De baan is welbeschouwd niet meer dan een verzameling taken. Of ook vraag is naar (het product van) de taken, is een ondernemingsrisico van de werkgever. De manier waarop het werk wordt verricht, is onderwerp van de gezagsverhouding. Die past bij de gedachte dat de werkgever met zijn visie de werknemer kan sturen en daarmee het verschil tussen winst en verlies kan maken. Het loon is verschuldigd wegens het uitvoeren van de baan, ongeacht wat dit de werkgever oplevert. Deze uitruil van arbeid, loon en gezag is nog altijd waarop het huidige arbeidsrecht is gebaseerd. De vraag is of dat nog wel reëel is.

Aan de basis van in- en externe flexibilisering staat de gedachte dat een ondernemer de vrijheid heeft om te bepalen welke werkzaamheden hij wel of niet zelf laat verrichten. Die vrijheid wordt gerechtvaardigd doordat hij ook het ondernemersrisico loopt. Vanaf de jaren '80 is die vrijheid door *outsourcing*, uitzending, *payrolling* en *contracting* ingezet.

Een andere variant is dat de uitbesteding rechtstreeks plaatsvindt aan de individuele werker. Hierbij kan gedacht worden aan bezorgers van pizza's. Zij worden in hun contracten aangemerkt als zelfstandige. Dat leidt vaak tot ophef omdat het hier doorgaans gaat om eenvoudig en laag betaald werk, dat in de ogen van velen juist beschermingswaardig is. Rechtspraak laat echter zien dat het helemaal niet zo duidelijk is dat hier toch een arbeidsovereenkomst aanwezig is.² In essentie komt dat omdat de hierboven beschreven cocktail van arbeid, loon en gezag op een andere manier wordt gemixt. Arbeid is in dit soort relaties geen inspanningsverplichting, maar een resultaatsverplichting geworden. Dat is juist bij eenvoudige klussen als het bezorgen van een pizza goed af te spreken. Daarmee is het loon ook resultaatafhankelijk en omdat het een overzichtelijke klus is, is de gezagsverhouding vaak getransformeerd in gedetailleerde afspraken. De opdrachtgever loopt geen risico op inefficiënte inzet van de werker en kan dus prima zonder gezag.

In de platformeconomie gaat dit alles nog een stap verder: de ondernemer is vaak alleen nog maar degene die het netwerk creëert en onderhoudt, waarop de werker rechtstreeks contracteert met de eindafnemer. Het platform is vaak alleen maar volmachthouder om overeenkomsten tussen beiden te sluiten en houdt voor zichzelf een gebruiksvergoeding in. De risico's zijn tussen werker en eindafnemer verdeeld.³

Het mechanisme achter deze vormen van flexibilisering is steeds de vrijheid van de ondernemer om de arbeid zo in te delen als hij wenselijk acht. Dit wordt ook

1 Regeerakkoord 2017-2021 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66, ChristenUnie.

2 Zie Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:314 en Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6621.

3 Zie voor een overzicht van (buitenlandse) rechtspraak en literatuur: www.platformisering.nl.

wel het “opknippen van arbeid” genoemd (ook wel *slicing*). Omdat arbeid duur is, gebeurt dat opknippen zodanig dat geen of goedkopere arbeidsrechtelijke regels van toepassing zijn. Vakbonden gebruiken hiervoor weinig bruikbare termen als “schijnconstructies”; ondernemers wijzen vaak op de afwezigheid van regels die hen verbieden om arbeid op deze wijze in te delen. Rechtspraak is wisselend.

Tot voor kort bestond de notie dat deze externe flexibilisering alleen de *outsiders* raakte en de *insiders* – de mensen met een vaste baan – beschermde. Die gedachte zou echter wel eens achterhaald kunnen raken. Bedrijven die delen van hun arbeidsproces hebben verpakt en uitbesteed, zijn geïnspireerd geraakt om hetzelfde te gaan doen met hun eigen werknemers.⁴ Ik denk dat het voorbeeld van de “*Tech reuzen*” hierin veel invloed heeft. Nederlandse ondernemingen streven steeds vaker naar een startupcultuur, veel nadruk op samenwerking in plaats van hiërarchie en het stimuleren van ondernemingszin bij werknemers. Dat is zo populair dat grote bedrijven uit de oude economie dit model steeds vaker kopiëren. Denk aan het *agile* werken dat nu populair aan het worden is, met ING als bekend voorbeeld.⁵ Kenmerkend hier is dat de hiërarchie vrijwel volledig wordt weggehaald en dat werknemers voortaan in een *tribe*, *chapter* of *squad* met elkaar bepaalde klussen uitvoeren. Er is geen baas meer, maar je kunt wel feedback krijgen van je naaste collega's of van de klanten.

Een ander voorbeeld betreft de inrichting van interne platforms waarop individuele klussen eens in de zoveel tijd worden aanbesteed.⁶ Iedereen mag bieden op zo'n werkpakket en in theorie leidt dat ertoe dat iedereen het werk krijgt dat hij wil. Ondertussen raakt men gewend aan het feit dat het niet om banen, maar om werk gaat en dat je je altijd moet kunnen aanpassen aan de veranderende markt.

Deze interne flexibilisering roept allerlei vragen op: als de baan zo erodeert, is het arbeidsrecht dan nog wel voldoende bij de tijd? Het ontslagrecht neemt immers de baan als uitgangspunt om te beoordelen of iemand slecht functioneert of dat zijn baan vervalt. En zijn werknemers nog wel voldoende beschermd tegen verlies aan werk, indien dat werk voortdurend intern wordt herverdeeld? Zien we in dit soort voorbeelden de contouren van een nieuwe gedaante van de arbeidsovereenkomst of zien we hier een lege mummie? Dat is nog niet te zeggen.

Het arbeidsrecht schiet in ieder geval tekort om de werkers die vermoedelijk vroeger werknemer werden genoemd die status nog altijd te bieden. Pogingen van de wetgever om tegen dat laatste wat te doen, waren de afgelopen jaren vaak halfslachtig of tevergeefs; denk aan de zo jammerlijk mislukte Wet DBA. Het is ook de vraag of deze ontwikkelingen daadwerkelijk zijn tegen te houden in een vrije markt economie als de onze. Zolang met payrollwerknemers of zzp'ers bepaalde risico's zijn te voorkomen, zal er gebruik van worden gemaakt. En anders bedenkt de markt wel weer iets nieuws.

Om die reden verwacht ik weinig heil van de plannen uit het Regeerakkoord. Het begrip ‘gezagsverhouding’ zal worden verduidelijkt. Ik wens de wetgever veel succes. Verstrekken is het idee om alle werkers onder een bepaald uurtarief van rechtswege een arbeidsovereenkomst te geven. Een paardenmiddel, maar verstandig om de onderkant te beschermen. Een *webtool* voor midden- en hogere inkomens gaat vaststellen of ze werknemer of zzp'er zijn; dat wordt een moeras. Opknippen van arbeidsprocessen en banen kan gewoon doorgaan, evenals het “wegdigitaliseren” van de gezagsverhouding. Volgens mij moet er dan ook fundamenteeler worden nagedacht over wat een arbeidsovereenkomst nu onderscheidt van andere contracten. Misschien is de conclusie dan wel dat we naar één werkcontract gaan voor alle natuurlijke personen. Het arbeidsrecht is dus echt verouderd en het zal een fundamentele herziening vergen voordat het weer bij de tijd is.

4 www.jdsupra.com/legalnews/leveraging-the-gig-economy-to-enhance-51571/.

5 www.youtube.com/watch?v=D3iu2kfZ3w4.

6 <https://fd.nl/morgen/1156343/part-up-wij-geloven-niet-in-banen-projecten-zijn-veel-boeiender>.