

Platformondernemingen en medezeggenschap

Ondernemingsrecht 2022/12

Platformondernemingen werken veelal op structurele basis met zelfstandigen. De Grondwet kent alle werkers een recht op medezeggenschap toe. Het is op zich mogelijk zelfstandigen onder de WOR te brengen, zij het dat hier wel een aantal hindernissen genomen moeten worden: eerst moet er een ondernemingsraad zijn ingesteld ten behoeve van minstens vijftig werknemers. Daarna kan deze pas afspreken met de ondernemer om ook zelfstandigen kiesrecht te geven. Hierdoor zullen zelfstandigen niet snel hiervoor in aanmerking komen. Sommigen bepleiten om deze hindernissen weg te nemen. Het is echter zeer de vraag of dat een oplossing biedt. De WOR vereist een onderneming, hetgeen onder meer meebrengt dat er sprake moet zijn van een samenwerkingsverband. Een aantal kenmerken van platformwerk brengt mee dat daarvan in de praktijk geen sprake is. Denk hierbij aan *open sourcing*, *multi-apping* en onderlinge concurrentie. Het is daarom zeer de vraag of een werkplatform wel gekwalificeerd kan worden als onderneming in de zin van de WOR. Het is dan ook beter om andere oplossingen te zoeken voor de medezeggenschapsleemte die er voor dit soort werkers bestaat, dan uitbreiding van de WOR.

1. Inleiding

Hoewel platformondernemingen² niet meer zijn weg te denken uit onze economie, blijven ze ons confronteren met nieuwe rechtsvragen. Een dergelijke vraag luidt of de Wet op de ondernemingsraden (WOR) in voldoende mate is toegesneden op de platformeconomie. Het antwoord op die vraag is van belang omdat er een groep werkers is die zijn brood verdient met werk via platforms (ongeveer 1% van de werkende bevolking). *Enerzijds* bepaalt art. 19 lid 2 Grondwet dat “*De wet regels [stelt] omtrent de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij, alsmede omtrent medezeggenschap*”, wat dus niet beperkt is tot werknemers.³ Veel platformwerkers zijn zelfstandigen, maar lijken een recht op medezeggenschap te ontberen. Het aantal zelfstandigen op de Neder-

landse arbeidsmarkt is zeer aanzienlijk,⁴ waardoor die zorgelijke conclusie dus vermoedelijk voor een grotere groep geldt. *Anderzijds* zijn zelfstandigen natuurlijk naar hun aard niet zomaar in een arbeidsorganisatie in te passen. Zij zijn en/of zien zichzelf soms juist als ondernemers en dat lijkt niet goed te passen bij het hebben van medezeggenschap bij de besluiten van een andere ondernemer.

De WOR stamt al uit 1950 en heeft sindsdien de nodige veranderingen op de arbeidsmarkt meegemaakt zonder dat deze wet in de kern is veranderd. De verwachting is dus wel enigszins gewettigd dat de WOR ook deze nieuwe ontwikkeling zou moeten kunnen absorberen. Daar komt bij dat de WOR in vroegere tijden ook (al) toegankelijk was voor zelfstandigen. In de literatuur is echter door enkele schrijvers geconcludeerd dat de WOR toch op sommige punten aanpassing behoeft indien het wenselijk is dat platformwerkers onder het bereik van de medezeggenschap vallen.⁵ De hoofdvraag van dit artikel is of de WOR voldoende is toegesneden op de platformonderneming, en zo niet, of aanpassing van deze wet een goede oplossing is.

In paragraaf 2 ga ik in op de verschillende definities en onderscheidingen die relevant zijn voor de beantwoording van de hoofdvraag. Daarna behandel ik in paragraaf 3 de rechtsbronnen over de uitleg van het begrip ‘onderneming’ zoals bedoeld in art. 1 lid 1 sub c WOR, omdat dit één van de twee voorwaarden is waaraan voldaan moet zijn, wil een platformwerker medezeggenschap hebben op grond van de WOR. In paragraaf 4 komt de andere voorwaarde aan de orde: de platformwerker moet een “in de onderneming werkzame persoon” zijn als bedoeld in art. 1 lid 2 en 3 WOR. Paragraaf 5 behandelt de vraag of platformwerkers via de WOR aanspraak kunnen maken op medezeggenschap. Paragraaf 6 behandelt tot slot de vraag of er een medezeggenschapsgat is en hoe dat eventueel kan worden opgevuld.

De hoofdvraag van dit artikel is naar mijn mening ook relevant voor situaties waarin er sprake is van andere arbeidsverhoudingen waarin zelfstandigen betrokken zijn. Ik denk dan vooral aan ondernemingen die veel werken met zelfstandigen, veelal in onderaanneming. Bijvoorbeeld banken met grote groepen ICT-zelfstandigen. Media zijn ook een bekend voorbeeld, evenals de bezorging en het vervoer, verpleegkundigen in de zorg, en de bouw. In

¹ Jaap van Slooten is hoogleraar Arbeidsrecht aan de UvA en redacteur van dit tijdschrift.

² Ik ben als advocaat voor platformondernemingen actief. Aan die rol ontleen ik soms inzichten die ik hier in algemene zin deel. Geen van de standpunten in dit artikel is toe te rekenen aan een van deze ondernemingen.

³ Zie ook art. 21 ESH, waarin het woord “worker” voorkomt. Dit begrip wordt soms breder uitgelegd, een beetje als een zelfstandige, die geen ondernemer is: “*With a view to ensuring the effective exercise of the right of workers to be informed and consulted within the undertaking, the Parties undertake to adopt or encourage measures enabling workers or their representatives, in accordance with national legislation and practice.*”

⁴ Nederland telde in 2020 1,1 miljoen zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers), waarvoor een werkring als zelfstandige de hoofdzaak is. Dit aantal is de afgelopen jaren voortdurend gestegen (bron: CBS (<https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-zzp>) – website bezocht op 4 december 2021).

⁵ V. Heidsma & I. Zaal, ‘Platformarbeid en medezeggenschap: is de WOR digi-proof?’, *ArbeidsRecht* 2019/27 en D. Schwartz, ‘Medezeggenschap bij platformarbeid’, *TRA* 2021/66. Voorts verwijst ik in dat verband naar J.M. van Slooten & J. Holscher, ‘De werkerscoöperatie’, *Ondernemingsrecht* 2019/6.

veel van die gevallen is sprake van een complexe samenwerkingsvorm tussen de onderneming die werknemers in dienst heeft en de zelfstandigen die een deel van het (oorspronkelijke) bedrijfsproces uitvoeren. Zo is het op een bouwplaats vaak niet goed te zien wie waar in dienst is of als zelfstandige voor de onderneming werkt. Van de buitenkant lijkt het soms één onderneming en dat gevoel wordt versterkt doordat er logischerwijs ook een *chain of command* op sommige onderdelen is. Naar mijn inschatting spelen bij deze ondernemingen voor een deel dezelfde vragen als bij platformondernemingen.

Een paar onderwerpen behandel ik niet of stip ik slechts in het voorbijgaan aan. Ik beperk me in dit artikel tot medezeggenschap. Dat is het recht om te worden geïnformeerd en te worden geraadpleegd over bepaalde besluiten van de ondernemer die van belang kunnen zijn voor de werknende.⁶ Dit moet worden onderscheiden van collectief onderhandelen. Daarbij gaat het om het komen tot afspraken over arbeidsvoorwaarden. Daarover is al veel in verband met platformen geschreven en zijn ook tal van vakbonden in binnen- en buitenland actief. Over medezeggenschap voor platformwerkers is minder geschreven en daarvoor zijn ook minder natuurlijke pleitbezorgers te vinden. Ik behandel evenmin de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap.⁷ Bij dat laatste onderwerp speelt een rol dat zelfstandigen niet lijken te kunnen worden beschouwd als personen die meetellen voor bepaalde getalsgrenzen, die weer van invloed zijn op de instelling van medezeggenschap. Het duidelijkste voorbeeld is het structuurregime dat minder snel van toepassing is als zelfstandigen niet meetellen. Dit roept de vraag op of er niet een discrepantie dreigt tussen de WOR en het BW ten aanzien van de positie van een zelfstandige en of dat wenselijk is. Helaas valt dit buiten bestek van deze bijdrage.

2. De hoofdfactoren nader beschouwd

2.1 De werkenden

Ik ga in dit artikel ook niet in op de vraag hoe een platformwerker moet worden gekwalificeerd; dat is een zeer actuele vraag, maar valt buiten het bestek van dit artikel. Hetzelfde geldt voor de vraag hoe het zit met allerlei vormen van zelfstandigheid. Zo kennen we de ondernemer, de zzp'er, de schijnzelfstandige en de zij-aan-zij-werker. Soms biedt het Europese werknemersbegrip een verfijning of verruiming.⁸ Dat leidt echter af van de door mij geformuleerde hoofdvraag. Om die reden maak ik slechts onderscheid tussen werknemers en niet-werknemers, die

ik voor het gemak zelfstandigen of platformwerkers noem. Of ze echt zelfstandige zijn, is hier dus niet aan de orde.

Het is bekend dat werknemers geacht worden onder gezag te staan, anders zijn ze geen werknemer (vgl. art. 7:610 BW). Zelfstandigen hebben vaak een overeenkomst van opdracht. Het lastige is dat "ook in geval van een overeenkomst van opdracht de opdrachtgever bevoegd is de opdrachtnemer aanwijzingen te geven (vgl. art. 7:402 BW)", aldus de Hoge Raad in *Groen/Schoevers*.⁹ Naast de overeenkomst van opdracht kan het bij de zelfstandige gaan om een vervoersovereenkomst, een overeenkomst van aanneming of een onbenoemde overeenkomst.

Hoewel ik dus alle niet-werknemers als zelfstandigen aanduid, kom ik later terug op de vraag of een zelfstandige, die "een echte ondernemer" is, afzonderlijke aandacht vraagt. Er zijn zelfstandigen die meer als "werknemerachtige" worden gezien en zelfstandigen die (in ieder geval in fiscale zin) worden beschouwd als ondernemer.¹⁰ De WOR hanteert immers ook het begrip 'ondernemer'.

2.2 De werkplatforms

Onder een platform versta ik een onderneming die functioneert als tussenpersoon om aanbieders in contact te brengen met afnemers, met behulp van een app en/of een website.¹¹ De bedoeling is dat er een overeenkomst tot stand komt met de afnemer: deze kan tot van alles strekken, maar ik beperk me hier tot dienstverlening waar arbeid aan te pas komt. De totstandkoming kan op verschillende manieren plaatsvinden: vaak kan de overeenkomst alleen met tussenkomst van het platform worden gesloten, maar soms is het platform louter faciliterend en kunnen partijen vervolgens zelfstandig de overeenkomst sluiten (zoals bij Marktplaats).

Het is zinvol te onderscheiden tussen drie typen werkplatforms die in de praktijk veel voorkomen.¹²

(1) Het platform als *facilitator*. Hier is het platform tamelijk passief en faciliteert het slechts dat de platform-

6 Zie ook Asser/*Kroeze 2-I* 2021/606: "In algemene zin duidt medezeggenschap op de inspraak en de invloed van werknemers op het beleid en de gang van zaken van de organisatie waarin zij arbeid verrichten."

7 Zie daartoe: B. Kemp & A.S. Renshof, 'De platformeconomie en het ondernemingsrecht: time for change?', *MvO* 2019, nr. 1-2, p. 36-39.

8 Zie F.J.L. Pennings, 'Bestaat er een Europees werknemersbegrip', *TRA* 2021/3 en F. Laagland, 'Voorbij de grenzen van het Europees werknemersbegrip', *Ondernemingsrecht* 2018/130.

9 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, *NJ* 1998/149.

10 In de praktijk lijkt er weinig overlap tussen die twee groepen te zijn: de werknemerachtigen hebben meestal resultaat uit overige werkzaamheden (ROW) als fiscale basis. SER-advies 10/16/1975, hoofdstuk IV (p. 31) maakt een vergelijkbaar onderscheid (<https://www.ser.nl/-/media/ser/downloads/adviezen/1975/herziening-premievrijstelling-reduceriegeling-volksverzekeringen.pdf>).

11 T.F.E. Tjong Tjin Tai & J.M. van Slooten, 'Platformarbeid en privaatrecht' (hoofdstuk 6), in: 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. Deze definitie verschilt van art. 2 ('definition of digital labour platform') van Voorstel voor een Richtlijn betreffende de verbetering van arbeidsomstandigheden bij platform werk, COM(2021) 762 final, die aanzienlijk breder is en in mijn ogen op veel meer ondernemingen ziet dan nu normaal gesproken als platform worden beschouwd.

12 Eveneens ontleend aan T.F.E. Tjong Tjin Tai & J.M. van Slooten, 'Platformarbeid en privaatrecht' (hoofdstuk 6), in: 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.

werker met de afnemer in contact komt. Een voorbeeld is Werkspot, waar particulieren klussen kunnen uitzetten en waar vaklieden op eigen initiatief kunnen offrenen. Het gaat in de praktijk meer om aanmerachtige klussen en de eenmaligheid van de opdracht lijkt voorop te staan.

- (2) Het platform als *bemiddelaar*. Afnemers benaderen het platform, dat uit een bestaand bestand van dienstverleners mogelijke kandidaten selecteert. Deze vorm kan worden gezien als bemiddeling¹³ en houdt het midden tussen variant (1) en (3). Een voorbeeld 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. Bij tevredenheid ligt herhaling in de rede en wordt dus een relatie opgebouwd.
- (3) Het platform als *dienstenaanbieder*. Het platform bepaalt grotendeels de vorm en inhoud van de dienst. Platforms als Uber en Bolt worden hier vaak mee geassocieerd.

2.3 De combinatie platform-werkenden

Een volgend onderscheid dat van belang is, is of een platform alleen met zelfstandigen werkt, alleen met werknemers, of met beiden. Dat onderscheid is van belang omdat dit de toegang tot de WOR al dan niet mogelijk maakt. De meeste werkplatforms werken met louter zelfstandige platformwerkers. Dat hangt samen met het karakter van een platform: een marktplaats waarop vraag (van klanten) en aanbod (van arbeid) samen worden gebracht. Het platform neemt dus in beginsel van nature de positie in van derde ten opzichte van de werkenden. Als de werkenden bij het platform in dienst zijn, dan is er in wezen geen sprake meer van een platform maar van een (wellicht) flexibele werkgever die zelf overeenkomsten sluit met de klanten en de werknemers daarvoor inzet.

Een platform dat alleen met werknemers werkt, is voor dit artikel minder relevant. Dat heeft normaal gesproken de werknemers geïntegreerd in zijn onderneming en voldoet aan de eisen om een ondernemingsraad (OR) in te stellen. Een platform met louter zelfstandigen komt echter niet in aanmerking voor de medezeggenschap onder de WOR. De ingangseis van de WOR is namelijk dat er werknemers in dienst zijn. Als die er zijn, kunnen ook zelfstandigen onder het bereik ervan vallen, maar zonder werknemers gaat het niet. Omdat de WOR territoriaal begrensd is tot Nederland, dienen deze werknemers in Nederland in dienst te zijn.

De categorie platforms die zelfstandigen én werknemers kent, is eigenlijk het interessantst, maar volgens mij komt dat vrijwel niet voor.¹⁴ Wat in de praktijk wel voorkomt, is dat de platformwerkers zelfstandigen zijn en degenen die het platform laten draaien, in loondienst zijn. Ik laat die categorie hier buiten beschouwing omdat het dan veelal gaat om twee zo gescheiden werelden dat de vraag weer is of er wel één onderneming is (als die al niet in verschillende rechtspersonen zijn ondergebracht).

2.4 Karakteristieken van werkplatforms

Werkplatforms kunnen op allerlei manieren worden gekarakteriseerd. Hierna noem ik enkele voor de hoofdvraag relevante aspecten van werkplatforms die in de praktijk vaak voorkomen. Dit is relevant wanneer ik straks de vraag behandel of er sprake is van een samenwerkingsverband.¹⁵

De meeste platforms staan, ten eerste, open voor iedereen die wil, mits de werkende aan de wettelijke vereisten voldoet. Dit wordt ook wel *open sourcing* genoemd. Iedere klusser kan op Werkspot. Iemand die bij Helpling aan de slag wil, heeft geen schoonmaakdiploma of goedkeuring vooraf nodig. Uber-chauffeurs hebben een rijbewijs en taxivergunning nodig, maar *that's it*. Daarom zijn er ook altijd veel werkenden die zich aanmelden, maar vervolgens weinig actie op het platform vertonen.

Dat hoort bij de tweede karakteristiek: de vrijheid die platforms aan werkenden bieden om zelf te bepalen wanneer en met wie zij willen werken. Sommigen werken heel veel, anderen werken alleen in bepaalde perioden of op bepaalde tijden.

Vanwege de vrijheid en de toegankelijkheid is er in de praktijk sprake van 'multi-apping': men is chauffeur via Uber en bij Bolt, men maakt schoon via Helpling en iemand. Platforms werpen hiertegen geen obstakels op omdat concurrentie hoort bij het zijn van zelfstandige. Het zou anders ook in strijd met het mededingingsrecht kunnen zijn.

Ten vierde: omdat het platform een marktplaats is, zijn zelfstandigen in beginsel elkaars concurrent.

Ten vijfde: ook zelfstandigen gedragen zich, als dat niet al uit voorgaande karakteristieken blijkt, vaak als ondernemer. Ze proberen te werken op de momenten die naar hun inschatting goed betaald worden of profileren zich zo dat ze voor bepaalde klanten aantrekkelijk zijn.

Platforms zien zichzelf dus primair als aanbieder van een marktplaats. Wat voor soort besluiten horen daarbij die re-

¹³ Hof Amsterdam 21 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2741, *JAR* 2021/263, m.nt. S. Said, *NIFR* 2021/3689, m.nt. S. Oosterbaan, *RAR* 2021/158 en *TRA* 2021/95, m.nt. M.D. Ruizeveld en in eerste aanleg Rb. Amsterdam 1 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4546, *JAR* 2019/171, m.nt. E.C.A. Pronk, *RAR* 2019/137 en *JIN* 2019, m.nt. S. Jellinghaus & D. Schwartz (*Helpling*).

¹⁴ Deliveroo had een tijd een gemengd model, toen Deliveroo overstapte van het werken met werknemers naar het werken met zelfstandigen.

¹⁵ Sommige van de hierna te noemen elementen keren terug in: B. ter Weel e.a., *De opkomst en groei van de kluseconomie in Nederland*, SEO-rapport 2018/30, p. iii en viii, en SER-advies 'Hoe werkt de platformeconomie?' 19 oktober 2020, p. 33 e.v.

levant zijn in het kader van art. 25 en 27 WOR? Afhankelijk van het type platform (dienst, bemiddeling of facilitator) verschilt dit. Een faciliterend platform let er vermoedelijk met name op dat klanten en werkenden het platform weten te vinden. Een dienstverlenend platform zal meer belang hechten aan uniformiteit en constante kwaliteit van de dienst. Daarbij horen beslissingen die soms meer impact hebben op de werkenden en de klanten.

Een element waarmee bijna ieder platform zich onderscheidt, is het algoritme. Vaak is dat het algoritme dat het platform gebruikt om vraag en aanbod aan elkaar te koppelen en/of om de prijs of kwaliteit te laten bepalen. Hierin komt bij uitstek de ondernemerskant van een platform tot uiting. Het algoritme kan ook impact hebben op de platformwerkers. Sommige algoritmes hebben in ieder geval gevolgen voor de onderwerpen die krachtens art. 27 WOR instemmingsplichtig kunnen zijn: arbeids- en rusttijden, belonings- en functiewaarderingsstelsel, bevorderingsbeleid, personeelsbeoordeling, klachtbehandeling, persoonsgegevens en controlesystemen.

3. Het ondernemingsbegrip van de WOR

Om in aanmerking te komen voor medezeggenschap krachtens de WOR dient een werkende aan twee vereisten te voldoen: (1) werkzaam zijn in een onderneming (art. 1 lid 1 sub c WOR) en (2) een in de onderneming werkzame persoon zijn (art. 1 lid 2 en 3 WOR). Deze paragraaf gaat over het eerste vereiste. In paragraaf 4 behandel ik het tweede vereiste.

Voor de toepassing van de WOR wordt onder het begrip 'onderneming' verstaan: "elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht" (art. 1 lid 1 sub c WOR). Aan deze definitie zijn drie elementen te ontleen: (i) er moet sprake zijn van een organisatorisch verband, (ii) dat een zelfstandige eenheid is en (iii) waarin krachtens arbeidsovereenkomst arbeid wordt verricht. Alvorens deze drie elementen te behandelen, is van belang op te merken dat de wetgever niet heeft willen aansluiten bij het meer ondernemingsrechtelijke ondernemingsbegrip, dat gericht is op de functie in het bedrijfsleven, maar is uitgegaan van de "technisch-organisatorische eenheid".¹⁶ Andere gebezigde bewoordingen zijn: "arbeidsgemeenschap"¹⁷ of "bedrijfsgemeenschap".¹⁸

3.1 Organisatorisch verband

De eis van het organisatorische verband is voor dit artikel de belangrijkste van de drie elementen. Blijkens de parlementaire geschiedenis kan hierbij gedacht worden aan een samenwerkingsverband.¹⁹ Daartoe volstaat de betrokkenheid van ten minste twee personen, een zekere samenhang van werkzaamheden en een bepaalde mate van coördinatie.²⁰ In de literatuur en rechtspraak is hieraan iets meer kleur gegeven. Zo spreekt Verburg van de noodzaak van een structuur die tevens in leiding voorziet.²¹ Interessant is dit citaat: "Zijn in een voormalig fabriekspand een aantal kleine werkplaatsen en/of boetieks gevestigd, waarin zelfstandigen telkens voor eigen rekening werken, dan hebben zij wel huisvesting binnen één pand doch is hun werk gescheiden en bestaat tussen hen geen organisatorisch verband."²² Vervang "fabriekspand" door "website" en de gelijkenissen met een faciliterend platform zijn evident.

De kantonrechter Groningen oordeelde: "De vraag is of Ariva Groningen een organisatorisch verband is. Daartoe dient een groep personen onder een bepaalde leiding en op een bepaalde locatie samen te werken."²³ Hieruit wordt afgeleid dat er ook hiërarchie moet zijn in een organisatorisch verband. O.a. Dempsey en Reynaers²⁴ en Verburg leiden dat eruit af, maar dit wordt bestreden door Van Mierlo die erop wijst dat hier de begrippen 'zelfstandige eenheid' en 'organisatorisch verband' worden verward.²⁵ De eis van "een bepaalde leiding" is daarmee een beetje ongewis; de meeste verbanden functioneren echter nu eenmaal alleen met een bepaalde mate van leiding. De locatie-eis lijkt achterhaald en valt ook niet expliciet in de parlementaire geschiedenis terug te vinden.

Ook is er discussie in de literatuur over de vraag of er sprake kan zijn van een organisatorisch verband indien de werknemers op verschillende plaatsen bij andere ondernemingen werkzaam zijn.²⁶ Er is een beschikking van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) uit 1986 waarin

¹⁹ Kamerstukken II 1969/70, 10335, nr. 3, p. 15.

²⁰ Kamerstukken II 1969/70, 10335, nr. 3, p. 15.

²¹ L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 30. In gelijke zin N.T. Dempsey & C.L.C. Reynaers, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht* editie 2020-2021, art. 1 WOR, commentaar 1.1 en J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 61, onder verwijzing naar SER-advies 1968/13.

²² L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 30. In gelijke zin N.T. Dempsey & C.L.C. Reynaers, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht* editie 2020-2021, art. 1 WOR, commentaar 1.1 en J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 61, onder verwijzing naar SER-advies 1968/13.

²³ Ktr. Groningen 28 mei 2004, ECLI:NL:RBGRO:2004:AQ8813, JAR 2004/197.

²⁴ N.T. Dempsey & C.L.C. Reynaers, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht* editie 2020-2021, art. 1 WOR, commentaar 1.1.

²⁵ J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 52.

²⁶ J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 50 versus M.P. Nieuwe Weme, 'De juridische definitie van het verschijnsel onderneming in sociaal-rechtelijke zin', *De NV* 1998/1, p. 18.

¹⁶ Aldus *Kamerstukken II* 1948/49, 884, nr. 5, p. 12. De term is mogelijk ontleend aan W.F. de Gaay Fortman, *De onderneming in het arbeidsrecht*, diss. VU Amsterdam 1936, zie ook: J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 48.

¹⁷ *Handelingen II* 1 februari 1950, p. 1330, l.k.

¹⁸ *Handelingen I* 2 mei 1950, p. 708, r.k.

deze vraag negatief wordt beantwoord. Dit kan relevant zijn voor een bemiddelend of faciliterend platform. Daar kan de onderneming wellicht (ook, of eerder) het huishouden of het gezin zijn. Helaas stamt deze beschikking uit een tijd waarin fenomenen van detachering en uitzending, waar dit aan doet denken, nog niet goed geregeld waren.

3.2 *Optredend als zelfstandige eenheid*

Het element van “in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend” is in 1971 in de WOR gekomen. Dat verklaart misschien dat de minister van SZW deze term dacht te kunnen verduidelijken door dit als “de sociologische werkelijkheid” te vertalen.²⁷ De term is met name bedoeld om te voorkomen dat sommige organisatorische verbanden als onderneming moeten worden aangemerkt die weliswaar een eenheid vormen, maar onvoldoende naar buiten treden. De salesafdeling van een bedrijf is geen zelfstandige eenheid en ook een NS-station was dat niet volgens de rechter.²⁸

3.3 *Verrichten van arbeid krachtens arbeidsovereenkomst*

Het derde element is dat er krachtens arbeidsovereenkomst moet worden gewerkt. Dat wil niet zeggen dat er alleen werknemers moeten werken in de onderneming, maar wel ten minste vijftig. De WOR is niet van toepassing op samenwerkingsverbanden waarin op basis van gelijkwaardigheid wordt gewerkt.²⁹ Kloosters en advocatenmaatschappen zijn, mits zij niemand in dienst hebben, geen ondernemingen in de zin van de WOR.³⁰

Voordat ik in paragraaf 4 op het tweede vereiste inga, wijs ik erop dat de WOR uitdrukkelijk rekening houdt met de mogelijkheid dat er verschillende ondernemingen in stand worden gehouden door één ondernemer. Zo wordt vaak als voorbeeld aangehaald dat een bepaald bankfiliaal als een onderneming moet worden gezien, in standgehouden door Bank X, die dan de ondernemer is (zie art. 1 lid 1 sub d WOR: “degene die de onderneming in stand houdt”). Deze bank houdt dan honderden ondernemingen in stand en het zou niet efficiënt zijn indien daarvoor evenzovele OR’s moeten worden ingesteld. Art. 3 WOR regelt dat er dan een gemeenschappelijke OR (“GEMOR”) kan worden ingesteld. De ondernemingen waarvoor deze GEMOR is ingesteld, gelden dan als één onderneming in de zin van de WOR (art. 3 lid 3 WOR). Ook is denkbaar dat verschillende ondernemers hun ondernemingen voor de toepassing van de WOR bij elkaar voegen. Past men deze constructie toe, dan houdt de ondernemer die het platform beheert, samen met de ondernemers die werken via het platform een grote onderneming in stand.³¹ Dat roept twee gedachten op. Ten eerste accentueert dit dat zelfstandigen ook ondernemer kunnen zijn, aan-

gezien zij in een aantal gevallen een eigen onderneming in stand houden die is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel, productiemiddelen hebben, soms hulppersonen gebruiken en in een aantal gevallen ook fiscaal als ondernemers worden beschouwd. Of dit zo is, varieert per platform: een fietskoerier zal minder snel als zodanig worden beschouwd dan een zelfstandige loodgieter. Ten tweede: als platformwerkers ondernemer kunnen zijn, zijn zij doorgegaans ook de bestuurder en kunnen zij niet tevens een “in de onderneming werkzame persoon” zijn (art. 1 lid 4 WOR).

4. *“In de onderneming werkzame personen”*

Een “in de onderneming werkzame persoon” is degene die in de onderneming werkzaam is krachtens een arbeidsovereenkomst met de ondernemer die de onderneming in stand houdt (art. 1 lid 2 WOR). Dit uitgangspunt stamt nog uit de tijd waarin formeel en materieel werkgeverschap samenvielen en er geen animo was om dit te veranderen; het was juist de bedoeling uitzendkrachten uit te sluiten van deze definitie.³² Natúúrlijk was de werkende in dienst bij degene die ook de onderneming in stand hield. De flexibiliseringsgolf in de arbeidsverhoudingen sinds de jaren negentig heeft ertoe geleid dat het begrip is uitgebreid tot uitzendkrachten die meer dan 24 maanden in de onderneming werkzaam zijn en tot werknemers die in een andere onderneming werkzaam zijn (art. 1 lid 3 WOR).

Ten slotte geeft de WOR de mogelijkheid om ook andere werkenden dan hiervoor genoemd aan te merken als “in de onderneming werkzame personen”. Art. 6 lid 4 WOR stelt daaraan de volgende vier eisen:

1. de ondernemer en de OR moeten dit samen overeenkomen;
2. het moet bevorderlijk zijn voor een goede toepassing van de WOR;
3. het moet gaan om “een of meer groepen van personen”;
4. die “regelmatig in de onderneming arbeid verrichten”.

Op grond hiervan kunnen zelfstandigen ook worden toelaten tot de OR. Daarmee is dit dus de bepaling die bij uitstek voor zelfstandige platformwerkers interessant is. Zij moeten dan werkzaam zijn bij een gemengd platform (hetgeen, zoals gezegd, in de praktijk weinig voorkomt). Deze bepaling veronderstelt namelijk dat er al een OR opgericht is. Die OR kan er alleen maar zijn als er in de regel vijftig werknemers werken in de onderneming (art. 2 lid 1 WOR). Art. 6 lid 4 WOR regelt ook dat als partijen niet tot overeenstemming kunnen komen op dit punt, zij de kantonrechter om een beslissing kunnen vragen. De zelfstandigen kunnen dit niet zelf aan de rechter voorleggen.³³ Een voorbeeld van toepassing van deze bepaling betreft medische

27 *Kamerstukken II 1969/70, 10335, nr. 11.*

28 *Ktr. Utrecht 10 oktober 1984, NJ 1985/558, ROR 1985/2.*

29 *J.J.M. van Mierlo, Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 61.

30 *Kamerstukken II 1969/70, 10335, nr. 3, p. 15.*

31 *Asser/Kroeze 2-1 2021/614.*

32 *Asser/Kroeze 2-1 2021/614.*

33 *Kamerstukken II 1987/88, 20583, nr. 3, p. 16.; L.G. Verburg, Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 104 en L.C.J. Sprengers *T&C Arbeidsrecht*, art. 6 WOR, aant. 4.

specialisten in een ziekenhuis.³⁴ Het enige voorbeeld uit de rechtspraak dat ik ken, betreft IHC, waarin de OR – volgens het hof ten onrechte – meende dat er afspraken waren gemaakt om ongeveer achthonderd (op een totaal van 2200 werknemers) “ingeleenden”, onder wie 79 zzp'ers, als in de onderneming werkzame personen aan te merken. Het hof meende voorts dat een dergelijke afspraak evenmin bevorderlijk zou zijn voor een goede toepassing van de WOR nu het aantal van 79 ‘verwaarloosbaar’ was.³⁵ Afgezien hiervan zijn er aanwijzingen dat een minderheid van bedrijven zzp'ers actief en/of passief kiesrecht geeft.³⁶

Verburg en Schwartz hebben erop gewezen dat in de jaren zeventig van de vorige eeuw de bedrijfscommissie van de SER (in plaats van de kantonrechter) toestemming kon geven om niet-werknemers tot de OR toe te laten.³⁷ Bij de totstandkoming van die bepaling (het vroegere art. 1 lid 4 WOR) is expliciet overwogen dat ‘freelancers’ hiervan gebruik konden maken.³⁸ Bovendien hadden deze freelancers zelf de mogelijkheid hiertoe een verzoek in te dienen bij de bedrijfscommissie (hetgeen zij nu niet meer kunnen doen, ook niet bij de rechter). In de uitspraken van de bedrijfscommissie van destijds is het element “regelmatig arbeid verrichten” verder uitgewerkt. Er moet sprake zijn van een zekere binding en de zelfstandige moet deel uitmaken van de arbeidsorganisatie.³⁹

Verburg destilleert hieruit drie voorwaarden: (1) er moet arbeid worden verricht; (2) dat dient in de onderneming te worden gedaan; en (3) dat dient regelmatig te worden gedaan.⁴⁰ Voorts is er een beschikking van de minister van SZW uit 1984 waarin alfa hulpen niet werden toegelaten tot de ondernemingsraad omdat de ondernemer de werkzaamheden niet leidde en hij geen invloed had op de arbeidsomstandigheden, arbeidsvoorwaarden en arbeidstijden.⁴¹

Dit laatste oordeel en de tweede voorwaarde van Verburg brengen ons tot de vraag wat nu precies “in de sociologische werkelijkheid” de onderneming is bij een platform. Het lijkt een onschuldige vraag, maar het is één van de meest splijtende kwesties die er in het debat over plat-

forms aan de orde komt. Ik zie vier opties. Ten eerste: vrijwel ieder platform ziet zichzelf als een technologische dienstverlener. Zij leveren immers digitale diensten aan gebruikers van het platform, bestaande uit kort gezegd de app of de website. Daarin is de platformwerker niet werkzaam. Omdat de marktplaats die door die app of de website wordt gecreëerd vaak op een dienst ziet die al in de samenleving apart wordt aangeduid, hebben velen de neiging het platform eerder als maaltijdbezorger, taxionderneming of schoonmaakbedrijf te zien. Dat is de tweede optie. Ook in arbeidsrechtelijke kwalificatiezaken is dit argument door rechters overgenomen en medebepalend geacht voor het oordeel dat op basis van een arbeidsovereenkomst wordt gewerkt. Dat oordeel wordt vaak deels gebaseerd op de wijze waarop het platform zich heeft geuit. Zo heeft het hof Amsterdam in de Deliveroo-zaak mede aan de hand van een filmpje op de website van Deliveroo met de titel ‘Maaltijdbezorging is het hart van onze organisatie’ geoordeeld dat Deliveroo een maaltijdbezorger is.⁴² Bij deze uitleg van het kernbedrijf van het platform is de platformwerker natuurlijk juist werkzaam in haar onderneming. De derde optie is dat de platformwerker in de onderneming van de klant werkt, hetgeen niet altijd opgaat. De vierde optie is dat de platformwerker een eigen onderneming heeft.

Het is echter de vraag of men bij de toepassing van de WOR in een vergelijkbare discussie verzeild raakt als tussen optie 1 en 2. Bij de WOR gaat het primair om de vraag of er sprake is van een onderneming in de zin van art. 1 lid 1 sub c WOR en niet om de vraag wat de hoofdactiviteit van de onderneming is. In de volgende paragraaf onderzoek ik in welke gevallen platforms een onderneming in de zin van de WOR kunnen zijn.

5. Kunnen platformwerkers aanspraak maken op medezeggenschap via de WOR?

De vraag of er sprake is van een onderneming in de zin van de WOR kan wellicht per platform verschillen, maar ik begin met de overeenkomsten. Het voornaamste punt is steeds de vraag of er een organisatorisch verband is. De literatuur en jurisprudentie noemen twee sub-criteria: (1) is er sprake van een samenwerkingsverband (met de daarbij horende samenhang van werkzaamheden) en (2) is er sprake van een bepaalde mate van coördinatie?

5.1 Coördinatie

Over de coördinatie, en in het verlengde daarvan – eventueel – de hiërarchie, kan getwijfeld worden. De app en het algoritme coördineren tot op zekere hoogte. Wie welke klant krijgt, hoe de prijs en de kwaliteit worden vastgesteld, wordt vaak medebepaald door het algoritme. Die invloed lijkt soms wat te worden overdreven,

34 Kamerstukken II 1987/88, 20583, nr. 3, p. 16.; L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 104 en L.C.J. Sprengers *T&C Arbeidsrecht*, art. 6 WOR, aant. 4.

35 Hof Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1777, JAR 2018/222.

36 Volgens <https://www.digipacct.nl/kunnen-zzpers-medezeggenschap-hebben-in-een-organisatie> blijkt “uit een onderzoek van Performa uit 2017 (OR Trendonderzoek 2017) dat zzp'ers wel degelijk betrokken worden bij het beleid van de opdrachtgever: bij 22% van de organisaties mogen zzp'ers meestemmen bij verkiezingen voor de OR en bij 18% mogen ze zich ook kandidaat stellen voor een plek in de OR.”

37 L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 105 en D. Schwartz, “Medezeggenschap bij platformarbeid”, *TRA* 2021/66, p. 19.

38 Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 3, p. 26.

39 D. Schwartz, ‘Medezeggenschap bij platformarbeid’, *TRA* 2021/66, p. 19.

40 L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 105.

41 Beschikking van de minister van SZW van 10 februari 1984, *ROR* 1971-1984/12.

42 Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (r.o. 3.9.5), *JAR* 2021/62, m.nt. N.M.Q. van der Neut, *JIN* 2021/57, m.nt. W. Blom en *NFR* 2021/777, m.nt. D. Westerman.

maar daar gaat het nu niet om. Dat een algoritme en dus het platform coördineert, lijkt een gegeven. Overigens kan die coördinatie bij het ene type platform wat minder zijn (een faciliterend platform) dan bij het andere type (een dienstverlenend platform).

5.2 Samenwerkingsverband

Is er ook sprake van een samenwerkingsverband?⁴³ Als we de typische karakteristieken van platforms erbij halen, is dat maar zeer de vraag. Platformwerkers voeren, voor zover ik weet, de opdracht die ze aannemen in beginsel altijd alleen uit; ze klaren een klus, die bewust zo is ingericht dat die aan één persoon kan worden aangeboden. Ook dat is de essentie van de *gig economy*: werk opknippen in deeltaken en de noodzaak van leiding, samenwerking en coördinatie eruit halen.⁴⁴

Platformwerkers zijn ook elkaars concurrenten: ze dingen mee naar dezelfde opdracht. Daarin verschillen platforms van veel andere soorten ondernemingen waarop de WOR wel van toepassing is. Steeds is daar sprake van hetzelfde ondernemingsdoel en de onderverdeling van taken over verschillende functionarissen om via samenwerking, succesvoller te zijn dan indien de werkenden het alleen zouden doen. Het platform zien als een onderneming zou bijvoorbeeld betekenen dat ook de vissers die iedere ochtend hun vis op de afslag verkopen, moeten worden beschouwd als samen werkzaam.

Ook hebben platformwerkers veel vrijheid om zich in te schrijven en te werken wanneer ze willen. Er is dus een grote mate van vrijblijvendheid en dat gaat naar mijn mening minder goed samen met het karakter van een samenwerkingsverband. Die vrijblijvendheid wordt nog groter als de dimensie van het multi-appen in aanmerking wordt genomen. Een werknemer wordt geacht loyaal te zijn aan zijn werkgever en niet tijdens zijn dienstverband voor een concurrent te werken. Een multi-appende platformwerker mag en doet dat juist wel. Hij kan op hetzelfde moment twee opdrachten krijgen via verschillende apps en maakt dan de keuze die hem het beste uitkomt, niet wat de platforms beter uitkomt.⁴⁵ Dat is *all in the game*, maar dit gedrag past niet bij gemeenschap en samenwerking. Hierin lijkt ook een verschil te liggen met sommige voorbeelden van andere zelfstandigen waarover eerder door de SER is geoordeeld dat die wel tot de onderneming kunnen wor-

den gerekend.⁴⁶ Er zijn immers zelfstandigen die wel samenwerken; bijvoorbeeld de zelfstandige die de zwangere bedrijfsjurist vervangt en er zijn ook zelfstandigen die met collega's of tegelijkertijd met de ondernemer concurreren.

Nu zou natuurlijk de samenwerking op een wat hoger abstractieniveau gevonden kunnen worden in het delen van gegevens om er allemaal beter van te worden. De vraag blijft of dat samenwerking is of alleen samen delen? Zo kunnen boeren en vissers samen, bijvoorbeeld via een coöperatie, een bepaalde ondernemingstaak uitoefenen, zoals het verkopen van hun waren, maar werken ze daarmee (hoofdzakelijk) in de coöperatie?

Zou dit nog per type platform kunnen verschillen? Ik meen dat bovenstaande in gelijke mate opgaat voor alle platforms. Een faciliterend platform als Werkspot heeft wellicht nog het minste een samenwerkingskarakter, omdat werkenden hier een veel gevarieerder spectrum aan diensten, prijzen en voorwaarden kennen.⁴⁷ Zij zijn ook eerder zelf ondernemer, hetgeen het des te vreemder zou maken hen ook de status van in de onderneming (van een ander welteverstaan) werkzame persoon te geven. De samenhang is daar dus echt ver te zoeken.

Bij dienstverlenende platforms is er meer eenheid: één dienst, één tarief. Dat lijkt wel te duiden op meer samenhang, maar niet direct op samenwerking. Men kan zich afvragen of het gezamenlijke kwaliteitsniveau van de dienstverlening nog van belang is voor de kwalificatie als samenwerkingsverband. Er kunnen kwaliteitstandaarden zijn die voor alle zelfstandigen gelden die hun diensten via een platform aanbieden. Dit ligt echter ingewikkeld omdat de kwaliteit juist iets is waarop platformwerkers zich in de praktijk onderling kunnen onderscheiden, zodat er niet één standaard is.

Bij bemiddelende platforms speelt de vraag of de werkers niet eigenlijk in een andere onderneming werken: zij zijn oppas of schoonmaker in een huishouden en dat maakt dat er nog minder van samenhang kan worden gesproken.⁴⁸

5.3 Platforms ondernemingen in de zin van de WOR?

Op grond van het voorgaande betwijfel ik dan ook sterk of platforms ondernemingen zijn in de zin van de WOR. Ik noemde hiervoor al de tegenwerping dat een platform "eigenlijk" een vervoersonderneming of maaltijdbezorgbe-

43 Het lijkt erop dat Schwartz (D. Schwartz, 'Medezeggenschap bij platformarbeid', *TRA* 2021/66, p. 17) aan dit aspect geen betekenis toekent; hij weegt enkel het coördinatieaspect, maar dat is naar mijn mening onvoldoende en niet in lijn met de bedoeling van de wetgever, zoals hiervoor geschetst. Overigens blijkt niet uit de wetgeschiedenis wat precies de achtergrond is van de term 'samenwerkingsverband'; het lijkt erop dat de wetgever dat heeft gebruikt om te verduidelijken dat iedere samenwerkingsvorm eronder valt, niet alleen ondernemingen met een economische functie; *Kamerstukken II* 1969/70, 10335, nr. 3, p. 15.

44 Lees Alessandro Baricco, *The Game*, De Bezige Bij, 2019.

45 Ik ben niet bekend met de situatie dat als de taxichauffeur een aantal keer kiest om de opdracht van de concurrent uit te voeren (en dus de opdrachten van de ander af te slaan), het algoritme deze chauffeur in de toekomst minder gunstige klussen aanbiedt.

46 SER-advies 10/16/1975, hoofdstuk IV (p. 31, <https://www.ser.nl/-/media/ser/downloads/adviezen/1975/herziening-premievrijstelling-reductieregeling-volksverzekeringen.pdf>).

47 Ook Schwartz neigt ertoe faciliterende platforms minder snel als onderneming te zien, althans zo begrijp ik hem: D. Schwartz, 'Medezeggenschap bij platformarbeid', *TRA* 2021/66, p. 17.

48 De hierboven genoemde beschikking van de minister van SZW over al-fahulpen kan hier een obstakel vormen. Daar kan tegenover gesteld worden dat sinds die beschikking art. 1 lid 3 sub a in de WOR is opgenomen, dat stelt dat onder "in de onderneming werkzame personen" mede wordt verstaan iemand die in dienst is bij onderneming A (bijvoorbeeld een uitzendbureau), maar werkt in onderneming B (de inlener).

drijf is. Mijns inziens doet die kwalificatie niet ter zake voor de vraag of deze platforms een onderneming zijn in de zin van de WOR; daarvoor is er onvoldoende organisatorisch verband.

Stel dat tóch wordt aangenomen dat sprake is van een onderneming en een OR. Dan komt de vervolgvraag op of platformwerkers daar conform de criteria van art. 6 lid 4 WOR als “in de onderneming werkzame personen” aan kunnen deelnemen. Daartoe moet worden voldaan aan het criterium dat de platformwerker die in de onderneming werkt dat regelmatig dient te doen. In de meeste gevallen zal dit wel het geval zijn, zij het dat dit afhangt van wat onder regelmatig wordt verstaan.⁴⁹ Ik denk dan ook dat het onzeker is, maar dat aan het criterium van regelmatigheid in een aantal gevallen wel zal worden voldaan.⁵⁰

6. Is er voldoende toegang tot medezeggenschap voor platformwerkers?

Samengevat zie ik vier hindernissen voor zelfstandige platformwerkers om rechten aan de WOR te ontleen.

1. Het is sterk de vraag of platforms als onderneming in de zin van de WOR kunnen worden beschouwd.
2. Als het platform wel een onderneming is, maar geen werknemers in dienst heeft, dan is er geen mogelijkheid om de WOR toe te passen.
3. Als het platform minimaal vijftig werknemers in dienst heeft – wat vrij uitzonderlijk is, denk ik – dan is er geen mogelijkheid voor platformwerkers om zelf hun opname in de medezeggenschap af te dwingen bij de rechter. Het is de vraag of de werknemers, die de dienst uitmaken in de OR, het in hun belang achten dat zelfstandigen daar ook deel van uit gaan maken. Bij ontslagen is er namelijk vaak sprake van een tegenstelling tussen beide groepen.
4. Als alle voorgaande hindernissen al geen beletsel vormen, dan blijft onzeker of een platformwerker die onregelmatig werkt ook als in de onderneming werkzame persoon kan worden beschouwd.

Zoals gememoreerd, is medezeggenschap een nationaal (en internationaal) grondrecht. Ik meen dat aan de betekenis daarvan, gelet op bovengenoemde hindernissen, onvoldoende recht wordt gedaan. Dat zou anders kunnen zijn als er andere vormen van medezeggenschap bestaan. Een mogelijkheid die wel bestaat is om zelfstandigen lid te maken van een commissie van de OR (art. 15 WOR). Daartoe hoeven zij geen in de onderneming werkzame persoon te zijn. Een dergelijke commissie kan vrijwel alle taken en rechten van de OR gedelegeerd krijgen, behalve het recht naar de rechter te stappen. Hierdoor blijven de werkne-

mers in de OR in feite aan de machtsknop zitten. Dat blijft lapwerk en geen voldoende waarborg. Buiten de WOR is er geen andere wettelijke regeling die het medezeggenschapsgat opvult.

Er zou nog sprake kunnen zijn van informele medezeggenschap. In dit verband lijken er in Nederland slechts enkele initiatieven te zijn. Het is moeilijk na te gaan wat die initiatieven precies inhouden, terwijl het bovendien eerder vakbondsachtige organisaties lijken in plaats van medezeggenschapsorganen.⁵¹ Een voorbeeld dat veel wordt aangehaald is Deliveroo, dat een *Riders Forum* heeft. Op de bijbehorende website wordt hun taak als volgt omschreven: “*The Rider Forum is a group of Deliveroo riders who are representatives of their city. They gather every quarter at the Deliveroo HQ in Amsterdam to give feedback and to discuss important topics.*”⁵² Dit lijkt niet echt een serieus alternatief te zijn voor een OR, maar wellicht doe ik dit op zich sympathieke initiatief daarmee onrecht.

Ook in de literatuur zijn enkele voorstellen gedaan. Schwartz stelt voor om het aantal in de onderneming werkzame personen vanaf de start van de onderneming uit te breiden zodat zelfstandigen direct meetellen voor het bereiken van de instellingsgrens van vijftig.⁵³ Ook Heidsma en Zaal komen met enkele voorstellen om bijvoorbeeld getalsgrenzen en definities in de WOR aan te passen.⁵⁴

Ik vraag me af of dat de oplossing biedt vanwege het probleem dat een zelfstandige platformwerker in feite een eigen ondernemer is met een belang dat vaak inherent tegengesteld is aan het platform en dat van zijn concurrenten. Betoogd zou kunnen worden dat dit ook het geval is bij OR's met werknemers: de productiefactoren arbeid en kapitaal willen daar ook nog weleens botsen. Toch is dat anders. Het begrip ‘onderneming’ dat ten grondslag ligt aan de WOR is juist ontworpen om die tegenstelling in goede banen te leiden.⁵⁵ Werknemers onderling behoren niet te concurreren, want dat doet af aan de belangen van de werkgever. Ondernemers worden daarentegen juist geacht met elkaar te concurreren; daarvan verwachten we in onze liberale markteconomie toegevoegde waarde. Hooguit kan

49 L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 105.

50 D. Schwartz, ‘Medezeggenschap bij platformarbeid’, *TRA* 2021/66, p. 20 komt eveneens, zij het wat aarzelend, tot dezelfde conclusie.

51 Zie voor een kort overzicht uit april 2021: <https://panteia.com/news/panteia-to-conduct-analysis-of-platform-work-initiatives-in-the-netherlands> (website bezocht op 30 november 2021). Zie voor een iets ouder, maar zeer compleet ogend overzicht Le-naerts, Kilhoffer & Akgüç, ‘Traditional and new forms of organisation and representation in the platform economy’, *Work organisation, labour and globalisation*, Volume 12, winter 2018, number 2. Zie voorts, voornamelijk over collectief onderhandelen: <https://digitalplatformobservatory.org/initiatives/> (website bezocht op 26 november 2021).

52 <https://riders.deliveroo.nl/en/riders-forum> (website bezocht op 30 november 2021).

53 D. Schwartz, ‘Medezeggenschap bij platformarbeid’, *TRA* 2021/66, p. 20.

54 V. Heidsma & I. Zaal, ‘Platformarbeid en medezeggenschap: is de WOR digiproof?’, *ArbeidsRecht* 2019/27, p. 14-15.

55 W.F. de Gaay Fortman, *De onderneming in het arbeidsrecht*, diss. VU Amsterdam 1936, p. 71-72.

samenwerking tussen ondernemers nuttig of verstandig zijn op een afgebakend geheel, zoals een veilinggebouw of onderlinge assurantiemaatschappij, maar dat zijn juist niet de kernondernemingen van deze ondernemers.

Dat wil niet zeggen dat de platformwerkers geen medezeggenschap toekomt, maar de vraag is of de WOR daarvoor het aangewezen vehikel is.

Dit onderwerp zou ook buiten de WOR geregeld kunnen worden. Eerder suggereerde ik dat een werkerscoöperatie het probleem deels zou kunnen opvullen.⁵⁶ Inmiddels heeft minister Koolmees aangekondigd nader onderzoek naar deze mogelijkheid te doen.⁵⁷ Verburg bepleitte ook al om zelfstandigen in “netwerken” te laten acteren, al dan niet met rechtspersoonlijkheid.⁵⁸ Het nadeel van deze ideeën is dat het nogal wat vergt deze van de grond te krijgen en het niet de natuurlijke neiging van een platform is een sterke *countervailing power* in het zadel te helpen. Een andere oplossing noemen Heidsma en Zaal: laat het aan de organisatie over op welke wijze zij de medezeggenschap regelen. Dat kan op zich zonder de WOR op een laagdrempelige, moderne en democratische wijze. Je kunt veel doen met bijvoorbeeld enquêtes en internetreferenda. Zij bepleiten om die eigen manieren te toetsen aan enkele uitgangspunten van goede medezeggenschap, zoals democratische legitimatie, dialoog, benodigde kennis, bescherming tegen benadeling en draagvlak.⁵⁹ Dat lijkt mij de beste aanpak, omdat deze flexibel is en aansluit bij de vrijheid en diversiteit die ondernemers en zelfstandigen eigen is.

56 J.M. van Slooten & J. Holscher, 'De werkerscoöperatie', *Ondernemingsrecht* 2019/6.

57 *Kamerstukken II* 2020/2021, 31311, nr. 240, p. 14-15.

58 L.G. Verburg, 'Werken in netwerken', *position paper* over het passend zijn en de houdbaarheid van de Mededingingswet in relatie tot zzp'ers (31 januari 2017).

59 V. Heidsma & I. Zaal, 'Platformarbeid en medezeggenschap: is de WOR digiproof?', *ArbeidsRecht* 2019/27, p. 15.