

De werkerscoöperatie

Ondernemingsrecht 2019/6

Het Nederlandse arbeidsrecht sluit slecht aan op platformisering. Wij onderscheiden in deze bijdrage drie kernproblemen. Ten eerste het kwalificatieprobleem: platforms zijn doorgaans schuchter met het aanbieden van voorzieningen aan platformwerkers, omdat zij bang zijn dat de overeenkomst van opdracht wordt gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst. Het tweede probleem is het ontbreken van de mogelijkheid om collectieve afspraken te maken met platformwerkers. Omdat platformwerkers vaak ondernemers zijn, is het maken van collectieve afspraken in strijd met het kartelverbod van artikel 6 Mededingingswet en artikel 101 VWEU. Tot slot hebben platformwerkers in beginsel geen recht op medezeggenschap, terwijl het zowel platform als platformwerkers zou baten indien platformwerkers kunnen meedenken over bepaalde beslissingen van de onderneming.

Wij denken dat een werkerscoöperatie een oplossing zou kunnen bieden voor deze problemen. In het model van de werkerscoöperatie verenigen de platformwerkers zich in één bedrijf. Tussen het platform en de werkerscoöperatie bestaat een overeenkomst van opdracht (bijvoorbeeld voor maaltijdbezorging). In deze overeenkomst worden alle voorwaarden neergelegd waartegen de opdracht wordt uitgevoerd. Ter uitvoering van deze opdracht zet de werkerscoöperatie haar leden – de platformwerkers – in, die eveneens op basis van een overeenkomst van opdracht voor het platform werken. Tussen het platform en de platformwerker bestaat ook een contractuele relatie, op grond waarvan de platformwerker gebruik mag maken van de digitale marktplaats.

Omdat de platformwerkers in de werkerscoöperatie gezamenlijk één bedrijf uitoefenen, is het kartelverbod niet van toepassing. Dat brengt mee dat de werkerscoöperatie voor haar leden gunstige afspraken kan maken met het platform, zonder daarmee in strijd met het mededingingsrecht te handelen. Verder kan het platform (een afvaardiging van) de werkerscoöperatie bepaalde – bijvoorbeeld met de WOR vergelijkbare – medezeggenschapsrechten verlenen. Tot slot menen wij dat de werkerscoöperatie een belangrijke inkoopfunctie kan krijgen, bijvoorbeeld van verzekeringen of uitrustingen voor haar platformwerkers. Niet alleen heeft zij een schaalvoordeel, ook zullen platforms, gelet op het risico op kwalificatie van de relatie als arbeidsovereenkomst, eerder dit soort voorzieningen willen regelen wanneer deze worden verschaft via een tussenpartij.

¹ Jaap van Slooten is advocaat te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift. Jorinde Holscher is advocaat te Amsterdam.

1. Inleiding

Deze bijdrage gaat over “platformisering” van werk.² Daarbij wordt arbeid opnieuw georganiseerd en via een digitaal platform aanbesteed aan werkers, meestal aangeduid als zzp'ers.³ Het platform beoogt doorgaans als *facilitator* en niet als werkgever te opereren: het brengt vraag naar en aanbod van werk bij elkaar. De opkomst van platforms vindt plaats in een tijd dat het fiscale en arbeidsrechtelijke klimaat voor zzp'ers mild is. Het gevolg is dat platforms zich kunnen nestelen en gebruikt worden door een nieuw type “werker”: de economisch afhankelijke zelfstandige met vaak maar één of twee permanente opdrachtgevers. Ondanks de nodige maatschappelijke protesten, is het zinvol om er (vooralsnog) vanuit te gaan dat dit soort relaties *here to stay* zijn.⁴ Dan valt echter op dat het sociaal recht deze relaties nauwelijks faciliteert: het is vaak alles (als men werknemer is) of niets (als men dat niet is). Platforms willen vaak wel extra voorzieningen treffen, medezeggenschap regelen of collectieve afspraken maken, maar lopen tegen arbeidsrechtelijke grenzen aan waardoor platformwerkers daarvan verstoken blijven.

In deze bijdrage onderzoeken wij tegen welke problemen de economisch afhankelijke zelfstandige platformwerker en de platforms aanlopen in Nederland en in hoeverre een model met een zogenoemde “werkerscoöperatie” hiervoor een oplossing kan bieden. Daartoe wordt eerst gezien wat platformisering nu precies inhoudt en waarom het vermoedelijk tot een blijvende nieuwe categorie werkers zal leiden. Vervolgens worden de drie kernproblemen in de relatie tussen platforms en werkers beschreven: het kwalificatieprobleem, het medezeggenschapsprobleem en het cao-probleem (paragraaf 3). In paragraaf 4 wordt het (juridische) model van een werkerscoöperatie beschreven en in paragraaf 5 analyseren wij in welke mate deze problemen kunnen worden verholpen en welke randvoorwaarden daarbij gelden. Onze conclusie is dat de coöperatie kan uitgroeien tot een organisatie waarmee rechtsgeldige prijsafspraken kunnen worden gemaakt, medezeggenschap kan worden uitgeoefend en opleidingen, verzekeringen en bedrijfsmiddelen gezamenlijk kunnen worden ingekocht.

2. Platformisering en de platformwerker

Platformbedrijven bestaan er in verschillende soorten en maten. In dit artikel beperken wij ons tot de min of meer

² Een goede introductie in platformisering in bredere zin is J. van Dijck, T. Poell & M. de Waal, *De platformsamenleving: strijd om publieke waarden in een onlinewereld*, Den Haag: WRR 2016. Zie www.platformisering.nl voor meer informatie over arbeidsplatforms en rechtszaken in binnen- en buitenland.

³ In de praktijk gaat het vaak om overeenkomsten van opdracht, bemiddeling of vervoer.

⁴ Zie ook Brief van de voorzitter ATR aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2018/19, 33009, 65, p. 5.

commerciële platforms zoals Uber, Deliveroo, Helpling en Werkspot. Nu platforms een tijdje bestaan, is het makkelijker te zien op basis waarvan het huidige arbeidsrecht is ingericht: de baan. Een baan is meestal te reduceren tot een verzameling taken waartoe een werknemer zich verplicht te zullen inspannen. Hij laat zich daarbij leiden door de instructies van de werkgever die daardoor de ondernemingsdoelen tracht te realiseren. Daarbij is het loon doorgaans gegarandeerd. Dit arbeidsrecht waarin de baan centraal staat, staat al enkele decennia onder druk van, kort gezegd, flexibilisering. Er zijn twee vormen van flexibilisering te onderscheiden: die waarbij het bedrijfsmodel hetzelfde blijft, maar het formeel werkgeverschap wijzigt (uitzendarbeid en *payrolling*) en die waarbij het bedrijfsmodel en het materieel werkgeverschap veranderen. Voorbeelden van deze laatste zijn: *outsourcing*, aanbesteding, uitbesteding (bijvoorbeeld aan zzp'ers), *contracting*, platformisering en digitalisering.

Platformisering is de economische ontwikkeling waarin arbeid in losse klussen wordt opgeknipt (klus is in het Engels "gig", vandaar "gig economy") en wordt aangeboden op een digitaal platform. Die klussen worden simpel gemaakt waardoor ze te beschrijven zijn als resultaatsverplichtingen. In plaats van de inspanningsverplichting om als ober te werken, is er de resultaatsverplichting om een maaltijd te bezorgen of om een terraswijk te bedienen gedurende een bepaalde periode. Ook is te denken aan de klus van het geven van een college of het schrijven van een processtuk, in plaats van het zijn van docent of advocaat. Alles wat bij de klus kan komen kijken, is in de standaardbepalingen van de overeenkomst tussen de eindafnemer en de platformwerker vastgelegd, waardoor er geen instructies of gezag meer aan te pas hoeven te komen bij de uitvoering van de klus. Op deze manier wordt de gezagsverhouding, die met name gebaseerd is op tijd- en plaatsgebonden instructies, weggeschreven.⁵

Het platform is een digitale marktplaats waarop platformwerkers en eindafnemers klussen aanbesteden en aannemen. Het platform is vaak slechts de volmachthouder van beiden die een overeenkomst tussen hen tot stand laat komen. De platformwerker en eindafnemer betalen per klus een fee aan het platform, als vergoeding voor de faciliterende rol van het platform. In dit model past ook dat niet het platform de platformwerker beoordeelt, maar de eindafnemer. Daarnaast is kenmerkend dat door het platform veelal algoritmes en data worden gebruikt, die tot een goede match tussen vraag en aanbod leiden, maar het platform ook veel (niet altijd even transparante) macht geven.⁶ Het principe van de digitale marktplaats brengt tevens mee dat de platformwerkers niet verplicht zijn om een opdracht aan te gaan: platformwerkers kiezen zelf de klussen uit die zij

willen uitvoeren. Al deze kenmerken brengen mee dat de relatie tussen platformwerker, eindgebruiker/opdrachtgever en platform vaak wezenlijk anders is dan die tussen werknemer, ondernemer en afnemer.

Wij focussen ons op de platformwerker die geen arbeidsovereenkomst heeft, maar wel een min of meer permanente relatie met het platform. Wij noemen die ook wel de "werker". Daaronder verstaan wij dus de economisch afhankelijke zelfstandige met één of twee opdrachtgevers. Meestal zijn zij ook opdrachtnemers als bedoeld in Titel 7.7 BW, maar het kan ook gaan om vervoerders in de zin van Boek 8 BW.

Dit soort werkers komt overigens niet alleen in de platform-economie voor. Ook bedrijven uit de "oude economie" hebben tegenwoordig vaak een flexibele schil waarin een aanzienlijk aantal zzp'ers zit (oplopend tot soms wel duizend werkers bij grote bedrijven, zoals ICT'ers bij banken of pakketbezorgers). Het *Eindrapport IBO zelfstandigen zonder personeel* schat, in navolging van de OESO, dat ongeveer 15% van de zzp'ers behoort tot de groep die een of enkele opdrachtgevers heeft.⁷ De hier beschreven problemen doen zich vermoedelijk in vergelijkbare mate voor bij deze groep.

3. Kernproblemen platformisering

Platformisering betekent een uitdaging voor het arbeidsrecht.⁸ Wij zien drie kernproblemen: (1) het kwalificatieprobleem (hoe kwalificeert de rechtsverhouding tussen het platform en de werker?); (2) het cao-probleem (hoe kunnen platform en werkers collectieve voorwaarden overeenkomen?); en (3) het medezeggenschapsprobleem (hoe kunnen werkers betrokken worden bij besluitvorming door het platform?).

3.1 Het kwalificatieprobleem

In vrijwel alle westerse economieën is de arbeidsovereenkomst het normaaltype voor het uitvoeren van werk, juist wanneer het werk simpel is en niet te veel betaalt. Het arbeidsrecht is ook meestal voorzien van beschermende regels en neemt vaak klassieke elementen zoals de gezagsverhouding als uitgangspunt. In bijna al die economieën is een discussie ontstaan over de kwalificatie van de (werk)relatie met het platform en zijn er rechtszaken gevoerd tussen platformwerkers en het platform.⁹ Vaak hebben die rechtszaken nog niet de hoogste rechter gehaald. Bovendien lijkt veel af te hangen van feitelijke verschillen, ook omdat vaak een

5 Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:314.

6 M. Kullmann, 'Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law', *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 34 (2018), Nr. 1, p. 1-21.

7 www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/10/02/eindrapport-ibo-zelfstandigen-zonder-personeel.

8 Zie voor de Nederlandse situatie: H.J. Bennaars, 'Is platformwerk een bedreiging of een kans voor het arbeidsrecht? Het antwoord is ja', *ArbeidsRecht* 2018/28 en P. Kruit & M. Ouweland, 'Platformarbeid: de ene platformwerk(nem)er is de andere niet', *TRA* 2018/58; E. Verhulst, 'Platformwerkers verdienen meer!', *ArbeidsRecht* 2018/1 en M. Houwerzijl, 'Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving', *TRA* 2017/14 & 59; J.M. van Slooten, 'Het arbeidsrecht moet op de schop', *Ondernemingsrecht* 2018/43.

9 Zie voor een actueel overzicht: www.platformisering.nl.

holistische toets moet worden toegepast, die dus kijkt naar alle omstandigheden van het geval.

Nederland lijkt in deze ontwikkeling relatief pro-platform. Daarvoor zijn in ieder geval twee verklarende factoren aan te wijzen. In de eerste plaats heeft het arrest *Groen/Schoevers*¹⁰ meer ruimte geboden aan de vaak schriftelijk vastgelegde partijbedoeling dan door andere landen en de EU van belang wordt geacht. De toepassing van die partijbedoeling lijkt aardig wat invloed te hebben op het eindresultaat, ook in situaties waarin de werker maar één opdrachtgever heeft.¹¹ Ten tweede hebben fiscale prikkels het sinds een aantal jaren voor werkers aantrekkelijk gemaakt om geen arbeidsovereenkomst te willen.

Zodoende is er een groep werkers ontstaan die we in het verleden vaak als werknemer zouden hebben aangemerkt, maar voor wie dat nu niet meer onverkort geldt. Het bekendste voorbeeld is de Deliveroo-bezorger Sytze die bakzeil haalde toen hij trachtte zijn overeenkomst van opdracht te laten herkwalficeren door de rechter.¹² Een andere voorbeeld betreft de zelfstandige pakketbezorgers van PostNL.¹³ De kwalificatie blijft evenwel een grijs gebied. Het *Groen/Schoevers*-arrest gaat uit van een holistische beoordeling van de werkrelatie, waarbij alle omstandigheden van het geval moeten worden meegenomen. Dat gaat aanzienlijk verder dan de toetsing op de traditionele elementen loon, arbeid en gezag. Ook elementen als ruimte om zelf de vergoeding te kunnen beïnvloeden, concurrentievrijheid en inzet van eigen bedrijfsmiddelen spelen een rol. Verder kan worden gedacht aan de vraag of de opdrachtgever verzekering, opleiding en bedrijfsmiddelen ter beschikking stelt.

Dit grijze gebied leidt tot zorgen bij platforms. Hoewel de wil er wel is, durven zij het niet aan om hun werkers te veel van dit soort voorzieningen te geven uit angst daarmee een herkwalficatie van de overeenkomst van opdracht tot ar-

beidsovereenkomst uit te lokken. Dit noemen wij het kwalificatieprobleem.

3.2 Het cao-probleem

Bij platformisering speelt verder een probleem op een aangrenzend terrein, dat van de collectieve arbeidsvoorwaarden. Platforms hebben doorgaans grote aantallen werkers in hun bestand staan die geregeld opdrachten voor het platform verrichten. Het is in zo een geval voor het platform wenselijk om aanpassingen van de vergoeding en overige voorwaarden met een vertegenwoordiger van de werkers af te stemmen, die bevoegd is om in één keer een voor iedereen bindende afspraak te maken. Voor de werkers geldt dat zij er belang bij hebben om hun krachten te bundelen en met collectieve actie te kunnen dreigen indien de wijzigingen niet aantrekkelijk genoeg zijn of een negatieve invloed op hen hebben. In dat opzicht is er weinig verschil met het arbeidsrecht. Het Europees recht zorgt hier echter voor een probleem. Indien een economisch afhankelijke zelfstandige moet worden gekwalificeerd als ondernemer in Europese zin, zal een op hem van toepassing zijnde cao in strijd zijn met het kartelverbod. Dergelijke afspraken zijn daarom verboden, aldus het Hof van Justitie in het *FNV KIEM*-arrest.¹⁴ Daarbij is overigens wel de mogelijkheid opengelaten dat een werker een "schijnzelfstandige" is. Dat is aan de orde indien de werker geen commercieel risico loopt, een integraal onderdeel vormt van de onderneming en qua tijd, plaats en inhoud van het werk geen keuze heeft. Ook op dit vlak is er onzekerheid: ieder platform zit weer anders in elkaar als het aankomt op dit soort criteria. Bij de meeste platforms loopt de werker commercieel risico, zij het soms beperkt. Gedacht kan worden aan de situatie dat de pizza wordt afbesteld, niet lekker is of dat de weersomstandigheden de bezorging aanzienlijk vertragen. Ook tijd, plaats en inhoud van het werk zijn de ene keer vrijer dan de andere keer. Dit betekent dat niet met zekerheid kan worden vastgesteld of de werker onder de uitzondering op het kartelverbod valt, of niet.

Om deze reden is het riskant om een collectieve overeenkomst aan te gaan met een vereniging van platformwerkers. Dit risico strekt zich ook uit tot het stakingsrecht. Dit recht op collectieve actie is opgenomen in artikel 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest, dat de term "*workers*" gebruikt. Onduidelijk is of dit ook voor "*self employed workers*" – de categorie waartoe de economisch afhankelijke zelfstandige behoort – geldt. Verdrag 87 van de International Labour Organization (ILO) dat eveneens het recht op collectieve actie beoogt te regelen, ziet wel op deze categorie.¹⁵ Hoewel in dit kader betoogd kan worden dat een staking die gericht is op een kartelafpraak een verboden doel dient en reeds om die reden ongeoorloofd is, bestaat op het vlak van collectieve voorwaarden en actie dus veel onzekerheid voor zowel platforms, als werkers.

10 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schroevens*).

11 Zie daartoe de vele kwalificatiezaken die PostNL voerde tegen pakketbezorgers en vrijwel allemaal eindigden in de conclusie dat er geen arbeidsovereenkomst was: (1) Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6621 (hoger beroep van beschikking van Rb. Midden-Nederland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:103); (2) Rb. Amsterdam 11 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4521; (3) Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686 (hoger beroep van beschikking van Rb. Amsterdam 6 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1480; *JAR* 2015/100); (4) Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153; (5) Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152; (6) Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81; (7) Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83; (8) Rb. Midden-Nederland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:85; (9) Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232 (tevens *JAR* 2016/6, m.nt. Van Zanten-Baris); (10) Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226; (11) Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230; (12) Rb. Noord-Holland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:526 (tevens *JAR* 2016/27); Rb. Noord-Holland 17 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:882; Rb. Limburg 1 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2029, Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:314 (tevens *JAR* 2018/64).

12 Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, *JAR* 2018/189, m.nt. J.P. Wiewel en J.M. van Slooten (*Deliveroo*).

13 Zie voetnoot 11.

14 HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411, m.nt. M.R. Mok.

15 Zie Rb. Utrecht (Vzr.) 20 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373, geannoteerd door P.F. van der Heijden in "*JAR*" 25 jaar, Den Haag: SDU 2016, p. 566 e.v.

3.3 *Het medezeggenschapsprobleem*

Het Nederlandse medezeggenschapsrecht is hoofdzakelijk vastgelegd in de Wet op de Ondernemingsraden (WOR). Die is van toepassing op in de onderneming werkzame personen, waaronder worden verstaan: werknemers in de zin van artikel 7:610 BW en ambtenaren. De wet is uitgebreid tot uitzendkrachten die elders in dienst zijn en voor meer dan 24 maanden werken in de onderneming (artikel 1 lid 3 WOR), maar geldt niet voor opdrachtnemers of andere semizelfstandigen.¹⁶ Artikel 6 lid 4 WOR biedt wel de ruimte aan de ondernemer en de ondernemingsraad om overeen te komen dat ook andere groepen werkers passief en actief kiesrecht krijgen. Blijkens de rechtspraak gebeurt dit een enkele keer, zij het niet vaak.¹⁷ Platformbedrijven hebben er in Nederland nog niet voor gekozen om de werkers onder de WOR te brengen.¹⁸

Er is ook een aantal nadelen verbonden aan deze mogelijkheid. Daarbij kan allereerst gedacht worden aan het risico op herkwalificatie van de overeenkomst van opdracht. Er worden immers “werknemersrechten” toegekend aan zzp’ers. Daarnaast dient bedacht te worden dat de zelfstandigen zelf ondernemer zijn. Dat brengt mee dat ze hun eigen ondernemingsbeslissingen nemen en dat hun belangen niet altijd gelijk zijn aan die van de onderneming van het platform en haar stakeholders. Dit is echter geen onoverkomelijk bezwaar, nu ook de belangen van werknemers en ondernemer niet altijd *alligned* zullen zijn. Een ander bezwaar is dat de werkers ook voor concurrenten kunnen werken. In het kader van de medezeggenschap kunnen zij concurrentiegevoelige informatie verwerven waarbij het risico bestaat dat deze informatie bij een andere opdrachtgever belandt. Overigens kan daar nu ook al sprake van zijn, namelijk als een uitzendkracht zich afwisselend of tegelijkertijd bij twee concurrenten laat tewerkstellen. Tenslotte zou gesteld kunnen worden dat de werker slechts bij een beperkt deel van de medezeggenschapsonderwerpen betrokken is. Een aantal onderwerpen uit artikel 27 WOR (bijvoorbeeld arbeidstijden en pensioen) is inderdaad niet relevant voor hem, maar de artikel 25 WOR-onderwerpen meestal wel. Daarbij kan gedacht worden aan verkoop van de onderneming en andere belangrijke strategische besluiten.

Ondertussen zijn er in de internationale platformeconomie tal van voorbeelden en ideeën over medezeggenschap voor platformwerkers. Van Nederland is bekend dat Deliveroo een “Riders Council” had (of heeft). Temper, dat horecawerkers in contact brengt met horecabedrijven, heeft een “Raad voor het ongevraagde advies”. In het buitenland is geopperd om met het oog op medezeggenschap een coöperatie op

te richten of om de deelnemers aan het platform aandelen daarin te geven (Airbnb).

3.4 *Tussenconclusie*

De platformeconomie groeit en bloeit, mede dankzij de ruimte die het arbeidsrecht momenteel biedt. Veel platformbedrijven zijn nog niet winstgevend en verklaren in ieder geval dat niet te kunnen worden als ze direct onder het arbeidsrecht vallen. Sprekend voorbeeld is dat Foodora, dat met werknemers werkte, in de zomer van 2018 aankondigde te zullen sluiten, omdat het de strijd met Deliveroo en Thuisbezorgd niet aankon. Deze twee werken hoofdzakelijk met bezorgers met wie zij geen arbeidsovereenkomst hebben.

Maar desondanks blijft er wel behoefte aan juridische faciliteiten teneinde de hier beschreven problemen in te dammen of te voorkomen. Het kabinet heeft voorgesteld om de “ondernemersovereenkomst” te gaan regelen.¹⁹ Het is nog onduidelijk wat daarin geregeld gaat worden en of die ook zal gelden voor de categorie van de economisch afhankelijke zzp’er. Het kabinet heeft impliciet laten weten dat hier pas invulling aan wordt gegeven in 2021.²⁰

Er is dus alle reden om te onderzoeken of de coöperatie in de tussentijd de hiervoor beschreven problemen kan helpen oplossen.

4. *De werkerscoöperatie*

4.1 *De coöperatie in het algemeen*

De coöperatie is een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging. De coöperatie is een bijzondere vereniging, omdat zij een bedrijf uitoefent en dus een commercieel oogmerk heeft. Het begrip “bedrijf” dient breed te worden uitgelegd.²¹ Daaronder valt bijvoorbeeld niet alleen het maken van winst, maar ook het bereiken van een kostenbesparing. Kenmerkend voor de coöperatie is dat het bedrijf wordt uitgeoefend *door en voor* de leden. Artikel 2:53 lid 1 BW bepaalt dat de coöperatie zich ten doel dient te stellen het voorzien in de stoffelijke behoeften van haar leden door middel van het afsluiten van overeenkomsten – anders dan verzekeringsovereenkomsten – met haar leden. De coöperatie doet dus zaken met haar leden door het afsluiten van deze zogenaamde “ledenovereenkomsten”. De ledenovereenkomsten dienen te worden gesloten in het bedrijf dat de coöperatie *ten behoeve van* de leden uitoefent of doet uitoefenen. Dat het bedrijf *ten behoeve van* – en dus *voor* – de leden wordt uitgeoefend, betekent dat het zakelijke verkeer met de leden centraal staat en het doel van de coöperatie

16 Artikel 19 lid 2 Grondwet bepaalt overigens dat de wet regels stelt “omtrent de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij, alsmede omtrent medezeggenschap.” Dat laat dus ruimte om ook zzp’ers hieronder te scharen.

17 Hof Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1777, JAR 2018/222 (IHC).

18 Zie voorts over dit thema: I. Zaal, ‘Medezeggenschap’, in: Bennaars e.a. (red), *De werknemerachtige in het sociaal recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 107 e.v.

19 Regeerakkoord 2017 “Vertrouwen in de toekomst”, p. 26.

20 *Kamerstukken II 2018/19*, 29544, 847 (Kamerbrief) en de brief van minister Koolmees en Staats-Secretaris Snel aan de Tweede Kamer van 26 november 2018 inzake de voortgang uitwerking maatregelen “werken als zelfstandige”.

21 *Asser/Rensen 2-III 2017/224*.

moet zijn. De resultaten van de coöperatie komen toe aan de leden.²²

De hierna te introduceren werkerscoöperatie is een zogenaamde productiecoöperatie, ook wel de werknemersproductiecoöperatie genoemd. In deze coöperatie hebben de leden een arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht met de coöperatie; dit is de vereiste ledenovereenkomst die het zakelijke verkeer vormt tussen de coöperatie en de leden. De coöperatie zet de werknemers of opdrachtnemers in ter uitvoering van het bedrijf. Dit bedrijf bestaat dan bijvoorbeeld uit het verlenen van bepaalde diensten, zoals advieswerk door advocaten of consultants. Het belangrijkste voordeel dat leden hebben bij de samenwerking in de productiecoöperatie is het schaalvoordeel: door zich gezamenlijk te organiseren kunnen zij grotere en/of interessantere opdrachten binnenhalen dan dat zij alleen hadden kunnen doen. Bovendien hebben de werknemers en opdrachtnemers inspraak in het bedrijf van de coöperatie en daarmee op de voorwaarden waartegen de coöperatie opdrachten aanneemt. Zij drijven immers gezamenlijk de onderneming.

4.2 De werkerscoöperatie

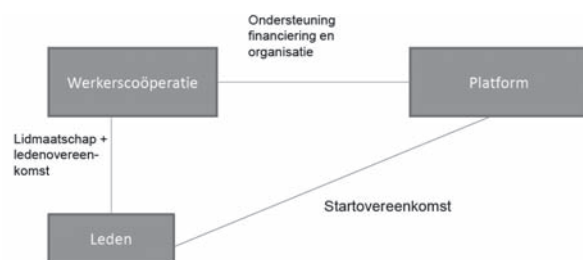
Wij gebruiken ter uitleg van het model van de werkerscoöperatie het voorbeeld van een platform dat de bezorging van maaltijden verzorgt. Het platform heeft in de huidige situatie overeenkomsten van opdracht gesloten met de individuele bezorgers die deze maaltijden willen bezorgen, waarin alle voorwaarden voor de opdracht zijn neergelegd. De bezorger heeft doorgaans weinig invloed op deze voorwaarden. Als de bezorger de voorwaarden niet aanvaardt, zoekt het platform gemakkelijk iemand anders die dat wel wil doen.

In het model met een werkerscoöperatie sluit het platform niet langer primair overeenkomsten met de individuele bezorgers, maar gaat zij één overeenkomst van opdracht aan met de werkerscoöperatie waarin zij de werkerscoöperatie opdracht geeft om de bezorging van maaltijden op zich te nemen. In deze overeenkomst worden alle voorwaarden omtrent de opdracht neergelegd, zoals de reikwijdte van de opdracht, hoe de werkerscoöperatie deze zal uitvoeren, de tarieven en hoe betaling plaatsvindt. Afspraken tussen de coöperatie en het platform werken via het lidmaatschap en/of de ledenovereenkomst automatisch door in de relatie met de werker.²³ De werkerscoöperatie zal ter uitvoering van haar opdracht bezorgers moeten inzetten. Deze bezorgers gaan allereerst een overeenkomst van opdracht aan met de werkerscoöperatie. Daarnaast worden zij lid van de werkerscoöperatie – het uitgangspunt van de coöperatie is

immers dat zij zaken doet met haar leden. De overeenkomst van opdracht is de wettelijk vereiste ledenovereenkomst en vormt dit zakelijke verkeer tussen de leden en de werkerscoöperatie. Het lidmaatschap wordt afhankelijk gesteld van het bestaan van de ledenovereenkomst en de hieronder benoemde startovereenkomst: indien de ledenovereenkomst eindigt, dient de werkerscoöperatie de bevoegdheid te hebben om het lidmaatschap op te zeggen. Het is immers onwenselijk als bezorgers niet langer werken voor het platform, maar wel lid kunnen blijven van de werkerscoöperatie. Deze opzeggingsbevoegdheid dient in de statuten te worden opgenomen.

Dan de relatie tussen de bezorger en het platform. Het heeft de voorkeur dat tussen hen een contractuele relatie blijft bestaan. Het daadwerkelijke bezorgen van de maaltijden zal immers – net als nu gebruikelijk is – via (de app van) het platform lopen. Het platform zal daarom wel in de hand willen houden met wie de werkerscoöperatie contracteert. Ons idee is daarom dat de bezorger en het platform een zogenaamde startovereenkomst aangaan, waarin zij afspreken dat de bezorger in opdracht van de werkerscoöperatie maaltijden zal bezorgen en daarbij gebruikmaakt van de app van het platform. Verder wordt vastgelegd dat de bezorger lid dient te worden van de werkerscoöperatie; zonder lidmaatschap zal de bezorger geen werkzaamheden voor het platform mogen verrichten. Om het concept van de werkerscoöperatie tot een succes te brengen, is immers vereist dat alle bezorgers voor het platform lid worden en er geen onderscheid ontstaat tussen bezorgers die wel lid zijn, en bezorgers die geen lid zijn. Ook zal in de startovereenkomst worden opgenomen dat het platform deze mag opzeggen indien de bezorger zijn verplichtingen niet nakomt.

Grafisch weergegeven ziet de werkerscoöperatie er dus als volgt uit:



Gelet op onder meer de beschikbare middelen en kennis onder de potentiële leden, is het noodzakelijk dat het platform (financiële) ondersteuning biedt bij de oprichting van de werkerscoöperatie. Er zal in samenwerking met de bezorgers, (juridisch) adviseurs of een eventueel aangestelde onderhandelaar een organisatorische inrichting van de werkerscoöperatie moeten worden opgezet. De rechtsfiguur van de coöperatie biedt veel mogelijkheden om de governance in de statuten vorm te geven. Vragen die daarbij een belangrijke rol kunnen spelen, zijn bijvoorbeeld: worden er bevoegdheden van de algemene ledenvergadering aan een ledenraad toegekend en zo ja, wie zitten daar in? Op welke manier wordt het bestuur benoemd en wie komt

22 Asser/Rensen 2-III 2017/2.3 en R.C.J. Galle, 'De coöperatie in de wet; wettekst met toelichting', in: red. R.C.J. Galle, *Handboek Coöperatie*, Dordrecht: Convoy Uitgevers bv 2012 (p. 473 e.v.).

23 Dit zal expliciet in de ledenovereenkomst moeten worden opgenomen (zie artikel 2:59 BW). Daarnaast moet uit hoofde van artikel 2:46 BW in de statuten worden geregeld dat de coöperatie verplichtingen namens haar leden aan mag gaan.

er voor benoeming in aanmerking? Waar haalt het platform financiële middelen vandaan: bijvoorbeeld via contributie, de winst of ondersteuning door het platform? Hoe vindt besluitvorming plaats – krijgt ieder lid één stem, of krijgen bepaalde leden (bijvoorbeeld naar rato van omzet of anciënniteit) meer stemrechten? En krijgt het platform statutaire rechten toegekend, zoals bijvoorbeeld een voordrachts- of benoemingsrecht voor leden van het bestuur of de RvC? Wij werken dit verder niet uit, maar merken dus op dat qua governance aan vele vormen gedacht kan worden.

5. Functies werkerscoöperatie

De werkerscoöperatie kan – kort gezegd – drie functies vervullen: (1) het collectief overeenkomen van voorwaarden waartegen de werkers de opdracht uitvoeren; (2) het fungeren als medezeggenschapsorgaan voor de werkers ten opzichte van het platform; en (3) het op grote schaal inkopen van producten en/of verzekeringen ten behoeve van de uitoefening van het werk.

5.1 Arbeidsvoorwaardelijke functie

De werkerscoöperatie biedt aan werkers de mogelijkheid zich te organiseren en samen te onderhandelen met het platform over de voorwaarden waartegen zij de opdracht willen uitvoeren. Waar een individuele werker in de praktijk geen onderhandelingspositie heeft, verandert dit wanneer alle werkers tezamen aan de andere kant van de onderhandelingsstafel staan. In dat geval kan het platform immers niet meer een andere werker inzetten indien de voorwaarden haar niet bevallen. De opdracht is verleend aan de werkerscoöperatie en het platform is dus afhankelijk van de leden. Al met al zal dit naar onze mening resulteren in gunstigere voorwaarden.

Het concept roept mededingingsrechtelijke vragen op. Voor zover de werkers in mededingingsrechtelijke zin kwalificeren als ondernemingen – wat doorgaans het geval zal zijn – kunnen zij niet profiteren van de vrijstelling voor het kartelverbod die geldt voor cao-afspraken. Het kartelverbod van artikel 6 Mededingingswet (Mw) en artikel 101 VWEU is dus van toepassing. Die bepalingen verbieden doorgaans prijsafspraken tussen zelfstandig opererende concurrenten. Onder voorwaarden geldt het verbod echter niet voor ondernemingen die duurzaam als collectief en dus als één economische eenheid op de markt opereren.²⁴ De rechtsfiguur van de coöperatie kan dus een uitkomst bieden. De werkers bieden hun diensten duurzaam gezamenlijk aan, aan de werkerscoöperatie. De werkerscoöperatie is de economische eenheid die op de markt actief is. Zij gaat met het platform de overeenkomst van opdracht aan in het kader van haar bedrijf, bijvoorbeeld het bezorgen van maaltijden. De leden van de werkerscoöperatie opereren voor deze

doeleinden niet als zelfstandige economische eenheden op de markt. De voorwaarden die worden overeengekomen, gelden tussen één onderneming die opdrachtgever en één onderneming die de opdrachtnemer is. Van prijsafspraken tussen ondernemingen is dus geen sprake. De situatie die in FNV Kiem aan de orde is, speelt hier daarom niet.

5.2 Medezeggenschapsfunctie

In het werkerscoöperatiemodel kan de algemene ledenvergadering – of uit praktisch oogpunt: een daaruit opgestelde ledenraad – dienen als een medezeggenschapsraad voor het platform. Alle leden zijn immers werkzaam voor het platform. De medezeggenschap kan – net als de medezeggenschap op grond van de WOR – zien op uiteenlopende onderwerpen: van contractvoorwaarden tussen het platform en de werkers, tot invloed op strategische besluiten die door het platform worden genomen en haar onderneming in belangrijke mate raken. In de overeenkomst van opdracht kunnen afspraken worden gemaakt over de inhoud en vorm van deze medezeggenschapsrechten. Gedacht kan worden aan de traditionele vormen van medezeggenschap zoals advies-, informatie- en instemmingsrechten. Maar de werkerscoöperatie kan bijvoorbeeld ook zelf het initiatief nemen en razendsnelle internetreferenda onder haar leden organiseren indien er snel gehandeld moet worden. In dat verband is niemand gebonden aan de soms als traag gepercipieerde procedureregels uit de WOR. Aangezien de werkers de medezeggenschap uitoefenen in het verband van de door hun gezamenlijk gevoerde onderneming, doet het eerder gesignaleerde probleem van belangenverstremgeling zich niet voor: het is duidelijk dat zij de belangen van de werkerscoöperatie en haar onderneming vooropstellen. Samenvattend: er is met de werkerscoöperatie een structuur om snel en op maat vorm te geven aan medezeggenschap.

5.3 Inkoopfunctie

Ook deze functie van de werkerscoöperatie lost een aantal problemen op. Zoals eerder gesteld, durven veel platforms vanwege het kwalificatieprobleem geen voorzieningen aan platformwerkers te verschaffen, zoals bijvoorbeeld een ongevallen- of aansprakelijkheidsverzekering. Dit is iets wat de coöperatie goed kan opzetten: zij heeft door haar omvang inkoopkracht en kan dus tegen goede voorwaarden verzekeringen regelen voor haar leden. Denkbaar is dat het platform bedingt dat de werkerscoöperatie deze verplicht aangaat voor haar leden in ruil voor financiële steun aan de werkerscoöperatie door het platform. Ook pensioen kan op deze wijze gemakkelijk worden geregeld. Dat kan doordat de werkerscoöperatie een derde pijler pensioen aankoopt of door opzetting van een broodfonds. Betaling van de premie kan door middel van een machtiging aan het platform om een deel van de verschuldigde vergoeding namens de werkerscoöperatie als verzekeringnemer over te maken aan de verzekeraar.

Er bestaat op deze wijze geen risico dat het platform de kans op een arbeidsovereenkomst vergroot. Doordat wel in de betreffende voorzieningen wordt voorzien, is de kans

²⁴ Gedacht kan worden aan zuivelcoöperaties waarin boerenondernemingen verenigd zijn of aan een advocatencoöperatie waarin advocaten, die ook als zelfstandige concurrenten zouden kunnen concurreren, hun diensten gezamenlijk en tegen uniforme verkoopvoorwaarden aanbieden.

ook kleiner dat een platformwerker er belang bij krijgt om een herkwalificatie te vragen. Ook scholing, financiering en inkoop van bedrijfsmiddelen zijn op deze manier te regelen. Overigens is er wel een risico dat de verhouding tussen de coöperatie en de werker als arbeidsovereenkomst wordt ge(her)kwalificeerd. Iets dergelijks was aan de orde in het *Kriterion*arrest,²⁵ zij het dat daar duidelijk sprake was van instructies; bij de meeste platforms en (naar te verwachten valt:) coöperaties is dat “weggedigitaliseerd”. Wij verwachten niet dat het risico groot is, omdat een deel van de omstandigheden die voor een arbeidsovereenkomst pleiten – de toedeling van werk, de berekening van de beloning – door het noodzakelijke gebruik van het elektronische platform, nog steeds bij het platform liggen.

6. Aandachtspunten

Wij willen tot slot kort stilstaan bij twee aandachtspunten die spelen bij de oprichting en het bestaan van de werkerscoöperatie. Als eerste is van belang dat de onafhankelijkheid van de werkerscoöperatie ten opzichte van het platform wordt gewaarborgd. Als het platform feitelijk grote invloed uit kan oefenen op gang van zaken binnen de werkerscoöperatie, ondergraaft dit haar functies. Het idee is immers dat de leden gezamenlijk als wederpartij van het platform kunnen optreden. Als het platform aanzienlijke invloed of macht heeft binnen de werkerscoöperatie, staat het platform in feite aan beide kanten.

Dat de werkerscoöperatie onafhankelijk dient te zijn van het platform, vloeit ook voort uit de verdragen van de ILO. ILO-verdragen zijn van toepassing op *workers*. Sommige ILO-verdragen definiëren het begrip *worker*, andere niet. Uitgangspunt in dit laatste geval is dat van een brede definitie moet worden uitgegaan en “*self-employed workers*” onder de bescherming van het betreffende ILO-verdrag vallen.²⁶

In het kader van de onafhankelijkheid tussen het platform en werkerscoöperatie is van belang ILO verdrag no. 98²⁷, dat ziet op het recht tot vereniging en collectieve onderhandelingen. Het tweede artikel van dit verdrag regelt de “*protection against interference*”.²⁸ Kort gezegd stelt deze bepaling dat *workers’ organisations* beschermd dienen te worden tegen bemoeienis door *employers’ organisations* met betrekking tot haar oprichting, inrichting van organisatie en bestaan. Daarmee wordt onder andere bedoeld op de situatie dat de werk-

gever(s)organisatie) een werknemersorganisatie opricht of daaraan financiële ondersteuning verleent, met het doel om controle op deze organisatie te kunnen uitoefenen.

Nu het verdrag geen definitie hanteert voor het begrip *worker*, gaan wij ervan uit dat de bezorger die op basis van een overeenkomst van opdracht maaltijden bezorgt, onder de reikwijdte van deze verdragsbepaling valt. Dit betekent dat de bezorger op grond van het eerste lid beschermd dient te worden tegen de hiervoor genoemde “*acts of interference*” door het platform. De werkerscoöperatie is wat dat betreft niet vrij van invloed: het platform heeft bijvoorbeeld een actieve rol bij de oprichting, financiert de werkerscoöperatie en zal zeker in de beginfase een actieve rol spelen bij de inrichting van de organisatie. Dit zijn echter invloeden waar naar alle waarschijnlijkheid geen alternatief voor te bedenken is. Alle betrokken partijen zullen zich daarom bewust moeten zijn van het belang van onafhankelijkheid en op dit vlak zoveel mogelijk waarborgen dienen op te nemen in de overeenkomsten die zij sluiten en de governance van de werkerscoöperatie.

Het tweede aandachtspunt is de verenigingsvrijheid. We werken dat hier verder niet uit, maar wijzen erop dat dit meebrengt dat een platformwerker niet gedwongen kan worden om zich bij een bepaalde vereniging aan te sluiten. Hij heeft het recht om geen lid te zijn van een vereniging of om een eigen vereniging op te richten.²⁹ Dit recht wordt mogelijk te zeer beperkt indien een platformwerker alleen maar aan de slag kan bij de ene, door het platform ondersteunde werkerscoöperatie.

7. Conclusie

De platformeconomie is niet alleen in economische zin een *disruptor*; ook juridisch gebeurt er een hoop. In het sociaal recht zien we een nieuw type werker opkomen dat niet onder het arbeidsrecht gebracht kan en/of wil worden, maar dat wel erg weinig bescherming en regulering kent. De werkerscoöperatie kan een goede basis bieden om hier wat aan te doen. Het zal te weinig zijn naar de smaak van hen die de platformwerker volledig onder het arbeidsrecht willen brengen. Het kan te veel zijn voor de “libertaire” zzp’ers, die wars zijn van iedere vorm van dwang. De kracht van de werkerscoöperatie is dat ze flexibel is en partijen zelf kunnen afspreken wat ze willen. Er geldt een paar randvoorwaarden, zoals het verbod op *interference* en de verenigingsvrijheid. Ook de relatie met het mededingingsrecht zal in de gaten gehouden moeten worden. Het is echter in essentie een vehikel waarmee danig kan worden geëxperimenteerd. Pas in een volgende fase is wellicht wetgeving nodig, naar onze indruk. Dat past in ieder geval goed bij de sector, die graag in vrijheid wil groeien.

25 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1172, JAR 2015/133.

26 Zie https://learning.itcilo.org/ilo/jur/en/2_2_2_7.htm.

27 Zie www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C098.

28 Artikel 2 van ILO Verdrag 98 luidt als volgt: “1. Workers’ and employers’ organisations shall enjoy adequate protection against any acts of interference by each other or each other’s agents or members in their establishment, functioning or administration. 2. In particular, acts which are designed to promote the establishment of workers’ organisations under the domination of employers or employers’ organisations, or to support workers’ organisations by financial or other means, with the object of placing such organisations under the control of employers or employers’ organisations, shall be deemed to constitute acts of interference within the meaning of this Article.”

29 EHRM 11 januari 2006, ECLI:NL:XX:2006:AV6044 (NJ 2007/159).