

ANNOTATIE

Arbeidsverhoudingen, de weg van de minste weerstand en de cao

mr. dr. J.H. Even

*Annotatie bij Rechtbank Midden-Nederland, 20-07-2015,
ECLI:NL:RBMNE:2015:5373 (AR-2015-0666)*

1. Inleiding

Arbeidsverhoudingen komen in diverse pluimages. Dat is altijd al zo geweest en daar is op zich niks mis mee. Dit kan anders zijn als de rechtsvorm van de arbeidsovereenkomst – die in bepaalde situaties van afhankelijkheid de norm zou behoren te zijn – wordt ontlopen, doordat de sterkere partij aan de zwakkere partij een andere (die zwakkere partij minder bescherming biedende) rechtsvorm oplegt. De sterkere partij zoekt dan de weg van de minste weerstand. De arbeidsovereenkomst roept bij veel ondernemers heel wat weerstand op, zeker de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (zie over het steeds ‘zwaarder beladen’ van de arbeidsovereenkomst recent nog de ‘Ter Visie’ van R.M. Beltzer in *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2015/2, p. 43-44). Die weerstand is wat minder bij de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die in elk geval van rechtswege eindigt. De wetgever heeft bij introductie van de WWZ de weerstand willen verminderen bij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, terwijl de bepaaldetijder juist wat bescherming erbij kreeg: ‘vast minder vast, flex minder flex’. Een andere categorie werkenden, de zelfstandigen, vaak zzp’ers, kwam er bekaaid vanaf. De zzp’er die toch al weinig kan genieten van het hoge beschermingsniveau van de werknemer, werd bij introductie van de tweede tranche van de WWZ de bescherming die het BBA soms kon bieden afgenomen. De keuze hiervoor van de wetgever was overigens begrijpelijk: de preventieve toets wordt opgenomen in het BW en dat beperkt zich tot de arbeidsovereenkomst (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 30). Verschillende rechtsvormen hebben verschillende regimes. En de zzp’er loopt als ondernemer nu eenmaal ondernemingsrisico. Bovendien, zo voegde de wetgever terecht toe, bieden rechtsvermoedens de zzp’er de mogelijkheid in voorkomend geval het standpunt in te nemen dat hij geen zzp’er, maar werknemer is. Er waren aldus twee smaken mogelijk: de ‘beschermde’ werknemers, die nog onderverdeeld kunnen worden in de bepaalde- en de onbepaaldetijder, en de ‘onbeschermde’ zelfstandige.

En toch wringt deze heldere keuze in de praktijk. Want ook zelfstandigen komen in diverse pluimages. Je hebt, in uitersten, ‘echte’ zelfstandigen – degenen die voor ‘eigen ondernemerschap’ hebben gekozen, onafhankelijk zijn en die werkelijke onderhandelingsruimte hebben bij het overeenkomen van de opdrachtovereenkomst – en ‘schijnzelfstandigen’ – degenen die weinig tot geen keuze hebben, afhankelijk zijn en voor wie de onderhandelingsruimte eigenlijk illusoir is. Die laatste categorie heeft het moeilijk. De angst is bovendien dat zij bereid zijn voor een appel en een ei werk te aanvaarden, en daarmee de ‘reguliere’ werknemer uit de markt drukken. Deze angst bestond bijvoorbeeld in de architectenbranche. Het antwoord hierop werd gevonden door het in de cao architecten opnemen van een minimumtarief voor zzp’ers. Iedereen kan dan aan de slag tegen een bepaald afgesproken tarief, zonder dat dit leidt tot verdrukking van de reguliere werknemer. De wet biedt ruimte voor een dergelijke oplossing, omdat de cao gezien artikel 1 lid 2 WCAO ook kan zien op onder andere overeenkomsten van opdracht. Zo’n cao kan gezien artikel 2 lid 4 Wet AVV algemeen verbindend worden verklaard.

Toch is deze oplossing niet zonder kritiek. De eerste ‘z’ van zzp’er staat immers voor zelfstandige. Het oogt niet echt zelfstandig als de zzp’ers kennelijk niet in staat zijn individueel acceptabele voorwaarden te bedingen en daarvoor de bescherming van het collectief nodig hebben. Het ondernemerschap lijkt hiermee ook tot op zekere hoogte teloor te gaan. Er is vanuit sommige zzp-organisaties dan ook commentaar hierop gekomen. Als de zzp’er daarentegen niet om deze bescherming heeft gevraagd, maar deze uitsluitend uit de koker komt van de werknemers om verdrukking te voorkomen, voelt het niet zonder meer beter. De cao regelt dan voorwaarden over, maar niet met de doelgroep. De legitimiteit lijkt dan ver weg. Daar staat tegenover dat er wel een duidelijk belang is voor de werknemers dit onderwerp bij cao te regelen. Zie over deze voors en tegens ook F.L.J. Pennings, ‘Exceptie van de mededingingsbepalingen voor (schijn)zelfstandigen: de zaak FNV KIEM’, *NTER* 2015/4.

Naast deze aarzelingen roept een cao voor zelfstandigen juridisch vragen op. Een voor de hand liggende vraag is of een cao eigenlijk wel voorwaarden mag regelen over zelfstandigen, of dat dit in strijd is met het mededingingsrecht. Zoals bekend, onttrekt de cao (1) gesloten tussen werkgevers(organisaties) enerzijds en werknemersorganisaties anderzijds met (2) als doel het rechtsreeks bijdragen aan de verbetering van arbeidsvoorwaarden van de werknemers, zich aan de regels van mededingingsrecht (zie art. 16 Mededingingswet, zoals gebaseerd op HvJ EG 21 september 1999, C-67/97 (Albany)). Dit geldt volgens het Hof van Justitie EU niet voor echte zelfstandigen, maar wel voor schijnzelfstandigen (HvJ EU 4 december 2014, C-413/13 (FNV KIEM)). Schijnzelfstandigen zijn werkenden die naar nationaal recht zelfstandigen zijn, maar waarbij die zelfstandigheid niet echt is. Er is volgens het Hof sprake van een schijnzelfstandige wanneer de persoon (1) handelt onder leiding van zijn ‘werkgever’ wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en inhoud van zijn werk te kiezen, (2) niet deelt in de commerciële risico’s van die ‘werkgever’, en (3) tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die ‘werkgever’, waarmee hij een economische eenheid vormt.

Een andere vraag die de cao voor zelfstandigen juridisch oproept, houdt verband met de drie

kerningrediënten van de cao: vakverenigingsvrijheid, recht op collectief onderhandelen en het stakingsrecht. Dat laatste is noodzakelijk om, zo wordt vaak gezegd, het collectieve onderhandelen niet tot collectief bedelen te laten verworden. Komt dit stakingsrecht de zelfstandige eigenlijk wel (ten volle) toe? Over die vraag gaat het hier te bespreken vonnis.

2. De casuspositie

Bij PostNL werken zelfstandige pakketbezorgers. Dat kunnen zzp'ers zijn, maar ook zelfstandigen met werkend personeel (zmp'ers) en zelfstandigen met een zelfstandige (zmz'ers). Sommige zelfstandigen hebben uitsluitend PostNL als opdrachtgever, terwijl anderen er ook andere opdrachtgevers op nahouden. Er is lange tijd onvrede binnen de pakketbezorgers over de wijze waarop zij hun werk moeten verrichten en de beloning die ze daarvoor ontvangen. Een deel van de pakketbezorgers heeft zich verenigd in de vereniging Subco Partners. Subco komt op voor de belangen van de pakketbezorgers. Maar ook FNV trekt zich het lot van de pakketbezorgers aan. FNV heeft met PostNL een akkoord bereikt over de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van zelfstandige pakketbezorgers. Een van de afspraken is dat PostNL alle zzp'ers een arbeidsovereenkomst zal aanbieden. In verband met onvoldoende steun door de achterban van FNV, is dit akkoord nooit geformaliseerd. Niettemin is PostNL bereid dat akkoord gestand te doen ten opzichte van de zzp'ers. De zzp'ers die geen arbeidsovereenkomst wensen, komen in aanmerking voor een toeslag. De zelfstandigen die geen zzp'er zijn – dat wil zeggen de zmz'er en de zmp'er – voelen zich tekortgedaan. Zij willen ook in de onderhandeling worden betrokken. PostNL geeft aan dat zij het akkoord niet op hen kan toepassen, omdat dit fiscaal niet kan.

De onvrede die vervolgens is ontstaan, heeft aanleiding gegeven voor het voeren van collectieve acties. Dat heeft op 14 juli 2015 tot een kortgedingzitting geleid tussen PostNL enerzijds en Subco en de gedaagde in deze procedure – in zijn rol van actie leider – anderzijds. Naar aanleiding daarvan zijn partijen weer in gesprek geraakt, hetgeen in de optiek van PostNL op dezelfde dag tot de afspraak heeft geleid dat eerder genoemde partijen zouden verklaren niet achter de stakingen te staan en dat met hen het overleg zou worden hervat. Op 15 juli 2015 gaat Subco daadwerkelijk verder in gesprek met PostNL, maar gedaagde laat de uitnodiging hiervoor schieten. Hij participeert daarentegen via whatsappberichten in het organiseren van verdere acties. Op 16 juli 2015 vinden weer blokkades bij depots van PostNL plaats. Gedaagde wordt door PostNL die dag voor overleg uitgenodigd en daaraan geeft hij gehoor. Op 17 juli 2015 wordt dit gesprek weer hervat, en schuift Subco eveneens aan. Dit heeft volgens PostNL geleid tot een onderhandelaarsakkoord ten aanzien van de positie van de zmz'er en de zmp'er. Subco en gedaagde zouden dit akkoord volgens PostNL aan hun achterban voorleggen. Op 18 juli 2015 vinden weer stakingen plaats, waaraan gedaagde deelneemt en deze wederom via whatsappberichten mede organiseert: door zelfstandigen worden bepaalde toegangen tot de depots van PostNL geblokkeerd. Werkwillige pakketbezorgers worden belemmerd in hun toegang tot deze depots. PostNL wil dat de blokkades eindigen. De 'stakende' zelfstandigen vinden dat zij aan deze wens geen gehoor hoeven te geven, aangezien zij een beroep zouden kunnen doen op het stakingsrecht. PostNL betwist dit en stelt zich op het standpunt dat aan de zelfstandige ondernemer geen

stakingsrecht toekomt. Daarmee zijn de collectieve acties onrechtmatig tegenover PostNL. Gedaagde moet volgens PostNL ophouden met het meewerken aan de collectieve acties.

3. Beoordeling

De voorzieningenrechter stelt voorop dat het in beginsel onrechtmatig is de normale bedrijfsvoering van PostNL te frustreren door de toegangen tot de depots te blokkeren. Dat zou anders zijn als er een rechtvaardigingsgrond hiervoor bestaat, zoals het stakingsrecht dat is neergelegd in artikel 6 aanhef en onder 4 ESH. Dat artikel heeft immers rechtstreekse werking in Nederland (HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR1986:AC9402, NJ 1986/688). De voorzieningenrechter oordeelt dat de tekst van dit artikel en de strekking van de ESH zien op de verhouding tussen werkgevers en werknemers. Het artikel is daarmee niet bedoeld voor zelfstandigen. Zij kunnen zich hierop niet beroepen. Dat betekent dat hun acties onrechtmatig jegens PostNL zijn.

Dit zou volgens de voorzieningenrechter een uitzondering kunnen lijden wanneer de groep zelfstandige ondernemers in werkelijkheid schijnzelfstandigen zijn. Dat wil zeggen dienstverleners waarvan de situatie vergelijkbaar is met die van werknemers. Voor de definitie van schijnzelfstandigen verwijst de voorzieningenrechter naar de al aangehaalde uitspraak van het Hof van Justitie EU inzake FNV KIEM.

Als al zou worden aangenomen dat de betrokken partijen geen echte maar schijnzelfstandigen zijn, en gedaagde de betrokken pakketbezorgers ‘vertegenwoordigt’, dan gaat een beroep op artikel 6 aanhef en onder 4 ESH volgens de voorzieningenrechter echter nog steeds niet op, omdat de acties niet onder de reikwijdte vallen van het stakingsrecht zoals neergelegd in dit artikel. Hier gaat het volgens de rechter, als ik het vonnis goed begrijp, (1) niet om een *werkelijke staking*. De acties lijken daarentegen veel meer op een ‘flashmob’. Er is geen duidelijke organisatie van de acties en geen grip op de betrokken pakketbezorgers. Bovendien zijn er volgens de voorzieningenrechter (2) geen aanknopingspunten gebleken die erop wijzen dat het doel van de acties is geweest om te komen tot een doeltreffende manier van onderhandelen. In dat verband oordeelt de voorzieningenrechter dat er geen duidelijke vertegenwoordiger is van de pakketbezorgers; Subco en gedaagde zouden in elk geval geen ‘duidelijk mandaat’ hebben gehad van de groep van zelfstandige pakketbezorgers. Het is onduidelijk voor wie gedaagde precies optreedt. Tot slot is (3) niet duidelijk geworden of er een gemeenschappelijke oplossing voor alle actievoerende pakketbezorgers wordt nagestreefd of kan worden nagestreefd en zo ja hoe PostNL dit zou moeten uitvoeren.

Hiermee zijn de acties volgens de voorzieningenrechter onrechtmatig. Het organiseren van dergelijke acties wordt voor de toekomst dan ook verboden.

4. Analyse

De kern van deze uitspraak is dat zelfstandigen niet beschikken over het stakingsrecht van artikel 6 ESH. Acties van dergelijke zelfstandigen worden als hoofdregel als onrechtmatig beschouwd. Als de zelfstandigen ‘schijnzelfstandigen’ zijn, zoals gedefinieerd in de uitspraak

van het Hof van Justitie EU inzake FNV KIEM, dan kunnen ze mogelijk wel een beroep doen op het stakingsrecht. Ze zullen dan uiteraard wel de regels voor een rechtsgeldige staking moeten volgen.

Het oordeel dat het ESH is geschreven voor werknemers(organisaties) en werkgevers(organisaties) lijkt mij juist. Dat de zelfstandige hierop geen beroep kan doen lijkt mij dan ook een logisch gevolg. Wat wel opvalt is dat daarvoor, naar het lijkt, geen ander toetsingskader in de plaats komt: acties die niet zijn gedekt door het ESH lijken gezien het vonnis automatisch onrechtmatig te worden bevonden. Dat schijnbare automatisme verbaast mij wat en een alternatief kader waaraan kan worden getoetst of de acties toch nog geoorloofd zijn lijkt mij niet gek. Dat een staking die niet wordt gedekt door het ESH toch rechtmatig kan zijn, is volgens mij namelijk niet op voorhand uitgesloten. Wellicht dat het oude arrest van de Hoge Raad (HR 15 januari 1960, NJ 1960/84 (Panhonlibco)) inspiratie kan bieden. In dat arrest huldigde de Hoge Raad het standpunt dat een collectieve actie (overigens wel uitgevoerd door werknemers) onrechtmatig is, tenzij de actie is ingegeven door omstandigheden die van dien aard zijn dat 'naar de heersende rechtsovertuiging in redelijkheid van de werknemers niet kan worden gevergd de arbeid voort te zetten of bepaalde werkzaamheden te verrichten'. Niet uitgesloten is dat iets dergelijks ook toegepast kan worden op zelfstandigen. Het is goed voorstelbaar dat in de onderhavige procedure in het geheel niet over een dergelijk alternatief toetsingskader is gesproken, maar uitsluitend over het antwoord op de vraag of de staking door het ESH wordt gedekt. Het lijkt bovendien uitgesloten dat de zelfstandigen zo'n alternatieve toets wel zouden halen, en de wel door de rechter uitgevoerde toets aan het bepaalde van artikel 6 ESH niet.

De introductie van de 'schijnzelfstandige' in deze procedure is een interessante. Het is immers geen gegeven dat een begrip dat door het Hof van Justitie EU is geïntroduceerd in een specifieke mededingingsrechtelijke zaak ook wordt toegepast in het totaal andere verband van het ESH. Het past overigens wel bij de banden die er zijn tussen de EU en de Raad van Europa, de opsteller van het ESH: de Unie is toegetreden tot een ander verdrag van de Raad van Europa, het EVRM (art. 6 lid 2 Verdrag EU). Hoe dan ook, gezien het beroep op schijnzelfstandigheid, zijn partijen er in elk geval klaarblijkelijk van uitgegaan dat, ondanks de eventuele rechtsvermoedens, geen sprake is van (verkapte) werknemerschap. De juistheid van dat standpunt lijkt tegen de achtergrond van de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 16 maart 2015, AR Updates 2015-0278, in elk geval voor de z mz'er en de z mp'er aannemelijk, nu in die zaak expliciet is uitgemaakt dat de postbezorger die zich voor het werk door anderen laat bijstaan een zelfstandige en geen werknemer is. De voorzieningenrechter toetst na introductie van deze mogelijkheid echter *niet* of de participerende zelfstandigen daadwerkelijk als schijnzelfstandigen zijn aan te merken. Ik denk dat die toets negatief zou uitpakken, omdat de staking naar het lijkt werd aangegrepen door de z mz'ers en z mp'ers en niet door de z zp'ers. Juist in een situatie waarin meerdere personen de werkzaamheden die voortvloeien uit een enkele opdracht verrichten (zoals bij de z mz'ers en de z mp'ers), en waarbij dus onder andere keuzeruimte is wie deze werkzaamheden op welk moment uitvoert, lijkt schijnzelfstandigheid mij niet voor de hand te liggen; dat zou eerder bij de z zp'ers spelen.

De rechter laat dus in het midden of het in deze zaak om schijnzelfstandigen gaat. In plaats daarvan toetst de voorzieningenrechter of het ESH de onderhavige acties zou dekken. De wijze waarop de voorzieningenrechter dit doet, is naar mijn mening wat onoverzichtelijk en de gemaakte keuzes zijn niet steeds logisch. Het lijkt erop dat de voorzieningenrechter als eerste argument voor zijn oordeel ten grondslag legt de stelling dat de onderhavige acties niet kunnen kwalificeren als 'collectieve acties' zoals benoemd in het ESH, maar als iets anders, namelijk flashmobs. Dit is wat opmerkelijk, omdat collectieve acties uit het ESH breed moeten worden opgevat. Er wordt wel van uitgegaan dat flashmobs tevens hieronder kunnen vallen. Ik verwijs in dat verband bijvoorbeeld naar de annotatie van Verhulp in de zaak FNV/Enerco (HR 31 oktober 2014, *NJ* 2015/252), waarin hij expliciet stelt dat ook flashmobs gedekt kunnen worden door het ESH. Het had eerder voor de hand gelegen dat de voorzieningenrechter zou toetsen of de gebruikte actievorm – de blokkades – onder de reikwijdte van het begrip collectieve actie van het ESH valt dan wel beperkt dient te worden. Zie hierover ook de laatste paragraaf van HR 19 juni 2015, *JAR* 2015/188, m.nt. A. Stege (FNV/Amsta). Dat het ontbreken van een voldoende duidelijke organisatie van de collectieve acties, alsmede van voldoende grip op de stakers de conclusie zou wettigen dat de acties niet gedekt worden door het ESH, zoals de voorzieningenrechter lijkt te veronderstellen, acht ik betwistbaar. Ik zie die eis niet in het ESH terug, terwijl feitelijk wel degelijk vaststaat dat er gezien de vele whatsappberichten die door gedaagde zijn verzonden enige vorm van organisatie heeft plaatsgevonden en dat gegeven het succes van sommige acties in elk geval een bepaalde grip aanwezig is. Ik merk hierbij op dat vakbonden geregeld ook geen volledige grip hebben op de stakers bij het uitvoeren van collectieve acties, en dat bij wilde stakingen de grip al helemaal vaak ver valt te zoeken.

Het tweede argument dat de voorzieningenrechter brengt tot de conclusie dat deze acties niet onder het ESH vallen – de acties kunnen niet bijdragen tot een doeltreffende manier van onderhandelen, vanwege het feit dat er geen duidelijke vertegenwoordiging is van de achterban door de gedaagde – overtuigt mij evenmin. Nog los van de juridische twijfelachtigheid van dit argument, mis ik de feitelijke grondslag hiervan. PostNL ging er immers van uit dat de gedaagde namens zijn achterban onderhandelde: het volgens PostNL bereikte onderhandelingsakkoord zou immers door onder andere gedaagde aan die achterban moeten worden gepresenteerd ter oplossing van het geschil. Tussen partijen lijkt dus *in confesso* dat gedaagde enige vorm van achterban heeft met wie hij kan communiceren. Het lijkt mij niet aan de rechter zelfstandig additionele eisen te stellen aan de communicatie met de achterban, om bij een oordeel dat deze onvoldoende doelmatig verloopt te beslissen dat de actie niet kan bijdragen aan doeltreffend onderhandelen. De aanvullende 'eis' die de voorzieningenrechter in het kader van de relatie tot de achterban lijkt te stellen, te weten dat Subco en gedaagde over een 'duidelijk mandaat' zouden moeten beschikken van hun achterban, is nieuw voor mij. Die eis is niet terug te vinden in het ESH en past evenmin bij de praktijk. Een dergelijk mandaat is er eigenlijk nooit, vandaar dat de achterban ook steeds moet worden geraadpleegd over de behaalde onderhandelingsresultaten. Het gaat juridisch in deze gevallen over representeren en niet over vertegenwoordigen. Evenmin zie ik in wat het ertoe doet dat de gedaagde niet nauwkeurig kon aanduiden voor wie hij optreedt: als gezegd

erkende PostNL gedaagde als een representant van de stakende pakketbezorgers en daarmee als onderhandelingspartner.

Tot slot is mij onduidelijk waarom het antwoord of er wel of niet een gemeenschappelijke oplossing voor alle actievoerende pakketbezorgers wordt nagestreefd of kan worden nagestreefd ertoe doet bij de beoordeling of staken al of niet rechtmatig is. Dit was het derde en voor zover ik zie laatste argument op grond waarvan de voorzieningenrechter vond dat de acties niet door het ESH zijn gedekt. Een staking hoeft immers niet gericht te zijn op een ‘gemeenschappelijke’ oplossing van het conflict; een deeloplossing kan evenzeer. Als een oplossing überhaupt nooit mogelijk zou zijn, zou dat wel relevant zijn. Maar in dit geval was een (deel)oplossing niet bij voorbaat uitgesloten. Er was in een eerder stadium immers al een mogelijke oplossing besproken, zoals vastgelegd in het onderhandelaarsakkoord, waarmee bovendien een schijnbaar werkbare oplossing voor het geschil was gevonden.

Op andere argumenten die mogelijk meebrengen dat het organiseren van verdere collectieve acties niet door de beugel kan, wordt door de voorzieningenrechter niet ingegaan. Toch lagen enkele van die argumenten naar het lijkt voor de hand. Zo dunkt mij dat als gedaagde daadwerkelijk het onderhandelaarsakkoord heeft afgesloten, zoals gesteld door PostNL, dat dit een sterk argument is dat meebrengt dat gedaagde had moeten afzien van het oproepen van stakingen. Zo’n onderhandelaarsakkoord moet in plaats daarvan worden neergelegd bij de achterban. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam (vzr.) 24 november 2006, *JAR* 2006/299 (ECT/FNV).

5. Waar brengt dit ons?

Dit alles brengt ons tot een tamelijk gecompliceerde situatie:

- a. Een cao die is gesloten tussen werkgevers(organisaties) enerzijds en werknemersorganisaties anderzijds met als doel het rechtstreeks bijdragen aan de verbetering van arbeidsvoorwaarden van werknemers, onttrekt zich aan de regels van het mededingingsrecht. Er mogen tussen en over hen dus vrijelijk afspraken worden gemaakt. Voor het tot stand komen van een dergelijke cao gelden alle kerningrediënten, waaronder dus ook het stakingsrecht zoals toegekend aan werknemers(organisaties), zoals gebaseerd op artikel 6 aanhef en onder 4 ESH.
- b. De contractueel ‘zelfstandige’ die op basis van de rechtsvermoedens toch eigenlijk een werknemer is, kan zich ook op bovengenoemde regels beroepen. Hij is immers bij een succesvol beroep op deze rechtsvermoedens in werkelijkheid een werknemer en geen zelfstandige.
- c. De ‘echte’ zelfstandige kan meewerken aan het sluiten van een cao, en zijn positie kan in de cao worden geregeld, mits dit niet in strijd is met het mededingingsrecht. Er wordt in dit geval namelijk ten volle aan het mededingingsrecht getoetst. Afspraken over loon zullen al snel in strijd met het mededingingsrecht komen (zie in die zin ook Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, *AR Updates* 2015-0146). Deze zelfstandige zal zich bij het afsluiten van een cao

niet kunnen beroepen op het stakingsrecht uit het ESH. Dat is niet ontworpen voor de zelfstandige. Hij zal op een andere wijze invloed moeten uitoefenen op de inhoud van de cao. Mogelijk geldt voor hem een ander toetsingskader als hij toch tot collectieve acties overgaat.

d. Maar dan heb je ook nog de tussencategorie van de schijnzelfstandige. Deze is naar nationaal recht een zelfstandige, maar naar internationaal recht niet. Hij mag naar het lijkt een beroep doen op artikel 6 aanhef en onder 4 ESH. De cao die namens hem is gesloten of die over hem een regeling treft, onttrekt zich bovendien aan het mededingingsrecht.

Hiermee is de heldere keuze uit de WWZ – je bent (al dan niet na een succesvol beroep op de rechtsvermoedens) werknemer met de daarbij behorende bescherming, of je bent zelfstandige en hebt die bescherming (uitzonderingen als art. 7:658 BW daargelaten) niet – op de tocht komen te staan. Er is een tussencategorie, de schijnzelfstandige (een uitzondering die overigens niet vreemd is aan het sociaalzekerheidsrecht, denk aan het Rariteitenbesluit). Die schijnzelfstandige wordt in elk geval door het HvJ beschouwd als persoon die beschermd zou moeten worden, omdat hij veel op de werknemer lijkt. Dit is ook iets wat het kabinet wil: de ‘zwakke’ zelfstandige moet worden beschermd. Hiermee is de wetgever druk doende. Denk bijvoorbeeld aan het wetsvoorstel wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met het van toepassing verklaren van die wet op nader bepaalde overeenkomsten van opdrachten. Dit wetsvoorstel is bedoeld om ‘oneigenlijk gebruik’ van de opdrachtovereenkomst te voorkomen. Van oneigenlijk gebruik is volgens de wetgever sprake ‘als de overeenkomst van opdracht is opgesteld met het kennelijk doel te vermijden dat de opdrachtnemer aanspraak kan doen gelden op het wettelijk minimum loon en de wettelijke minimum vakantiebijslag’ (*Kamerstukken II 2012/13, 33623, 3, p. 2*). Dit is weer net een ander criterium dan het criterium van schijnzelfstandigheid zoals (later dan deze wetsgeschiedenis) door het HvJ EU geïntroduceerd. Probleem van zo’n wet is dat deze niet zo makkelijk past in het EU-recht, omdat de vrijheid van dienstverrichting niet zonder meer mag worden belemmerd (zie hierover *Kamerstukken II 2012/13, 33623, 4, p. 8*).

Kortom: de aan de orde zijnde problematiek is niet met een penne streek op te lossen. Een oplossingsrichting zou kunnen zijn het verbreden van het begrip arbeidsovereenkomst, zodat de schijnzelfstandigen daar ook onder vallen. Dan worden veel (Europeesrechtelijke) problemen makkelijker voorkomen. Dit is evenwel niet een eenvoudig begaanbare weg, zo lijkt mij, juist omdat er al rechtsvermoedens zijn geïntroduceerd die werkenden relatief eenvoudig in titel 10 van Boek 7 BW kunnen trekken, maar die zoals aangegeven voor bijvoorbeeld de pakketbezorgers geen soelaas hebben geboden. Een nog groter bereik van de arbeidsovereenkomst door aanpassing van de definitie daarvan staat op gespannen voet met vrij ondernemerschap. Bovendien wordt zo de impact van de al zwaar beladen arbeidsovereenkomst alleen maar groter.

Een andere gedachte zou kunnen zijn de door Beltzer in zijn genoemde ‘Ter Visie’ gesuggereerde moderne variant van de *Code du Travail*, Wetboek van Arbeid, waarin verschillende niveaus van regulering voor verschillende groepen van werkenden zijn opgenomen. Een dergelijke oplossing suggereerde Houweling ook al in zijn oratie (A.R.

Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 25-30). In dat geval wordt de stringente tweedeling tussen werknemer en zelfstandige losgelaten. Onmiddellijk worden dan wel nieuwe problemen gecreëerd, doordat de nieuwe categorieën ongetwijfeld 'indelingsvraagstukken' meebrengen. Mogelijk zullen deze vraagstukken wat minder moeizaam worden bevonden, omdat het verschil in regime tussen aanpalende categorieën kleiner zal zijn dan de verschillen die nu bestaan tussen werknemers en zelfstandigen. Dat verschil is immers wel erg groot.