



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Rapport commissie Borstlap daagt het ondernemingsrecht uit

van Slooten, J.M.

**Publication date**  
2020

**Published in**  
Ondernemingsrecht

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

van Slooten, J. M. (2020). Rapport commissie Borstlap daagt het ondernemingsrecht uit. *Ondernemingsrecht*, (4), 139-140. Article 29.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## Rapport commissie Borstlap daagt het ondernemingsrecht uit

Jaap van Slooten, datum 20-02-2020

Datum	20-02-2020
Auteur	Jaap van Slooten <sup>[1]</sup>
JCDI	JCDI:ADS188166:1
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Arbeidsmarktbeleid en -bemiddeling Ondernemingsrecht / Algemeen Arbeidsrecht / Bijzondere onderwerpen arbeidsrecht

Het eindrapport van de commissie Borstlap<sup>[2]</sup> over de arbeidsmarkt bevat ook voor het ondernemingsrecht enkele belangrijke voorstellen. Er was lang naar het rapport uitgekeken en er werd ook veel van verwacht. Het rapport bevat veel ideeën en voorstellen die volgens de commissie in samenhang moeten worden gezien en ingevoerd. Die voorstellen zullen hun neerslag vinden in de partijprogramma's voor de volgende verkiezingen, vervolgens in het Regeerakkoord, dan in een SER-akkoord en uiteindelijk pas in wetgeving. Van de balans die de commissie heeft beoogd zal dan vermoedelijk niet zoveel meer over zijn, maar dat is nu eenmaal onvermijdelijk met zo'n politiek onderwerp.

Wat betekenen deze voorstellen voor het ondernemingsrecht? Ik noem er drie: (i) de versterking van de interne wendbaarheid van ondernemers, (ii) de afschaffing van de zzp'er die geen ondernemer is, en (iii) de eis dat bij driepartijenverhoudingen de eigenaar van de onderneming als werkgever wordt aangemerkt.

### **(i) Interne wendbaarheid van ondernemers**

Eén van de kernideeën van de commissie Borstlap is het herstellen van de balans tussen vast en flex. Dat lijkt inmiddels breed gedragen te worden in Den Haag en in de polder. Het voorstel is om enerzijds flex in te perken: uitzend- en oproepwerk wordt sterk aan banden gelegd en een werknemer kan wat de commissie betreft maar twee jaar werkzaam zijn in hetzelfde soort tijdelijk werk. Daar moet wat tegenover staan want de commissie onderkent dat de behoefte van werkgevers aan flex voortkomt uit de noodzaak om wendbaar te zijn. De oplossing daarvoor is "interne wendbaarheid": eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden, zoals arbeidsduur, locatie en loon, moet makkelijker worden. De norm wordt dan of er bedrijfseconomische redenen voor een eenzijdige aanpassing zijn, tenzij de werknemer zwaarwegende belangen heeft om daar niet mee akkoord te gaan. Dat is een vergaande versoepeling van de huidige norm die geldt voor eenzijdige wijziging en haakt aan bij de Wet flexibel werken. Die geeft de werknemer nu onder bepaalde omstandigheden het recht om aanpassing van zijn arbeidsduur af te dwingen. Ik vraag me af of deze voorstellen in de praktijk de wendbaarheid van een flexibele schil benaderen zoals we die nu kennen. Er is nou eenmaal een verschil tussen even tien uitzendkrachten afbestellen enerzijds en een loonsverlaging voor het hele personeel met succes doorvoeren. Daarnaast is het de vraag of dit niet tot hetzelfde leidt als de doorgesloten flex waar de commissie zo tegen is. Werknemers die bijvoorbeeld 25% arbeidstijd wordt ontnomen, hebben geen recht op een WW-uitkering. Dus moet je maar elders een baantje vinden dat aansluit op het overgebleven deel, ook qua werktijden. Daar wordt het natuurlijk eerst een bepaalde tijdcontract en zo blijft men in het flexmoeras zitten. Per saldo lijkt dit ondernemers meer vrijheid te geven, alleen niet de vrijheid die ze willen. Bovendien zullen vakbonden (80% van de werknemers valt onder een cao) zonder twijfel dit recht niet in cao's toelaten. Dat betekent dat het sowieso een beperkte reikwijdte zal hebben.

## ***(ii) Alleen ondernemers zijn zzp'ers***

Het rapport ademt op veel punten uit dat we weer terug moeten naar vroeger: zo wil het ook het aantal zelfstandigen terugdringen. De commissie onderkent dat het gezagscriterium niet meer goed werkt en stelt voor dat te moderniseren door inbedding in de organisatie (mede) als criterium te nemen. Daarbij is met een schuin oog gekeken naar het Europese werknemersbegrip dat blijkens het FNV KIEM-arrest<sup>[3]</sup> ook in die richting gaat. Ook de partijbedoeling wordt irrelevant verklaard, mede omdat dit uit het Europese werknemersbegrip volgt. Dat is een verstandig advies: veel van ons arbeidsrecht moet al conform dit begrip worden uitgelegd en het HvJ EU kijkt meestal louter naar de feitelijke uitvoering en niet naar de kwalificatie die partijen zelf wilden. Aan dit voorstel wordt nog toegevoegd het beginsel dat een werkende in beginsel als werknemer wordt gekwalificeerd, tenzij hij bewijst zelfstandige te zijn. De commissie onderkent dat dit mogelijk in strijd is met het Europese recht.

Anders gezegd: het arbeidsrecht zal weer paternalistisch zijn en alleen zelfstandigen die echt ondernemer zijn, vallen erbuiten. De commissie neemt daarmee afstand van het vaak wat libertaire gedachtegoed dat iedereen ondernemer is van zijn eigen arbeid. Je kunt alleen ondernemer zijn als je voldoende andere productiemiddelen hebt zegt de commissie impliciet. Ook een platform dat zich inhoudelijk bemoeit met de afspraken tussen de werker en de klant wordt werkgever of uitzendwerkgever. Ik begrijp het voorstel vanuit de wens om weer “duidelijke rijbanen” te hebben, maar hier wreekt zich wel de conservatieve aanpak. Ik verwacht dat er altijd (ook maatschappelijk) behoefte zal blijven aan bepaalde samenwerkingsvormen waarvan partijen in ieder geval niet willen dat het een arbeidsovereenkomst is. Het is jammer dat ook de commissie niet een criterium heeft ontwikkeld om ook daarmee rekening te houden.

## ***(iii) Ondernemer is werkgever***

Een andere gedachte van de commissie die naar vroeger hunkert, is dat iemand die in een bepaalde onderneming werkt in beginsel bij de eigenaar of exploitant daarvan in dienst is. Alleen uitzendkrachten en werknemers die intra concern worden gedetacheerd, worden gedurende een korte tijd (26 weken) daarvan uitgezonderd. Dit betekent een forse inperking voor de uitzendsector en beëindiging van payrolling. Dat gaat ook gevolgen hebben voor de manier waarop ondernemingen georganiseerd zijn. In de eerste plaats intern. Concerns hebben nu soms een personeels-BV maar dat kan dan niet meer. Een rechtspersoon met een onderneming moet zelf zijn mensen in dienst hebben. Hierdoor veranderen de risico's die deze rechtspersonen lopen en worden zij beperkt in de mogelijkheden die risico's naar eigen inzicht onder te brengen. Verder kan dit gevolgen hebben voor de toepasselijkheid van regels waarbij het werknemersaantal van belang kan zijn, zoals het medezeggenschaps- en jaarrekeningrecht. De externe organisatie van ondernemingen kan ook veranderen. Uitbesteding van bedrijfsactiviteiten kan anders uitpakken door dit uitgangspunt. Als je de mensen van de ICT-helpdesk outsourcet, maar ze werken in jouw gebouw, moet je ze dan in dienst hebben? De commissie stelt een rechtsvermoeden voor dat die vraag bevestigend beantwoordt tenzij de onderneming aantoont dat toezicht en leiding bij een ander ligt. Dat kan een aanzienlijke rem vormen op allerlei vormen van ondernemingsvorming. Denk aan joint ventures en pogingen om bepaalde bedrijfsprocessen ten behoeve van besparing of innovatie af te zonderen, zoals contracting.

Dit alles past goed in de anti-neo-liberale wind die opsteekt in onze maatschappij. Er is echter ook een tegengesteld denkbaar: de ondernemersvrijheid, zoals die nog niet zolang geleden is vastgelegd in artikel 16 Europees Handvest, heeft ons veel welvaart gebracht. De voorstellen van de commissie betekenen potentieel een forse ingreep in dat systeem. Het wordt daarom ook voor de ondernemingsrechtjuristen tijd om zich te mengen in deze discussie!

---

## **Voetnoten**

[1] Jaap van Slooten is redacteur van dit tijdschrift.

[2] “In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk”, [Kamerstukken // 2019/20, 29544, 970](#).

[3] HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411.