

ANNOTATIE

# Zelfstandige pakketbezorgers niet zo zelfstandig? Een holistische weging van enkele uitspraken over de vermeende (on)zelfstandigheid van pakketbezorgers

*mr. dr. L. van den Berg*

*Annotatie bij Rechtbank Amsterdam, 14-01-2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153 (AR-2016-0047)*

## 1. Inleiding

De weinig riantie positie van vermeend zelfstandige pakketbezorgers houdt de gemoederen al de nodige tijd bezig. De inkomenspositie van deze pakketbezorgers vormde bijvoorbeeld een zeer belangrijke aanleiding voor minister Asscher voor de indiening van een wetsvoorstel tot een (verdere) uitbreiding van de personele werkingssfeer van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (*Kamerstukken II 2012/13, 33623*). De behandeling van dit wetsvoorstel ligt nu al enige tijd stil. De pakketbezorgers zaten zelf echter niet stil: in een periode van minder dan een maand zijn een twaalftal (!) uitspraken in AR Updates verschenen waarin de vraag centraal staat of de arbeidsverhouding van vermeend zelfstandige pakketbezorgers in werkelijkheid toch een arbeidsovereenkomst is. Dit is een slimme zet van de bezorgers. Een bevestigend antwoord op deze vraag maakt een verdere behandeling van het genoemde wetsvoorstel immers overbodig.

De Rechtbank Noord-Nederland en de rechtbank Amsterdam kwamen tot de conclusie dat inderdaad van een arbeidsovereenkomst sprake was. Dat is goed nieuws, want de lagere rechtspraak was voordien niet al te royaal in het toekennen van entreebiljetten tot de

arbeidsrechtelijke beschermingsregels aan personen die een contract hadden ondertekend dat niet als titel arbeidsovereenkomst droeg. In de meerderheid van de uitspraken werd de door de pakketbezorgers begeerde arbeidsovereenkomst echter niet aanwezig geacht.

In het onderhavige commentaar wordt een tweetal uitspraken van de Kantonrechter Amsterdam van 15 januari 2016 onder de loep genomen, waarbij in het ene geval wel en in het andere geval geen arbeidsovereenkomst aanwezig werd geacht. De kantonrechter kondigt in de uitspraak uitdrukkelijk aan een zogenoemd holistische benadering te hanteren. Opvallend is verder dat de Kantonrechter Amsterdam niet onder stoelen of banken steekt dat zij zich heeft laten inspireren door de kantonrechter te Noord-Holland. Hieronder zal allereerst worden bekeken welke overwegingen de doorslag gaven bij het al dan niet aanwezig achten van de arbeidsovereenkomst. In mijn commentaar zal ik deze benadering afzetten tegen enkele andere (recente) uitspraken omtrent de kwalificatie van de arbeidsverhouding van bezorgers, waaronder die van de Rechtbank Noord-Holland (Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83; Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230 en ECLI:NL:RBNHO:2015:11232).

Ik richt mij daarbij met name op de invulling van het element persoonlijke arbeidsverplichting, alsmede op de invulling en de rol van de maatschappelijke positie van de pakketbezorgers.

## **2. Feiten**

PostNL maakt voor de pakketverzorging gedeeltelijk gebruik van de diensten van zelfstandige pakketbezorgers (hierna: subcontractors). PostNL heeft daartoe met deze subcontractors overeenkomsten gesloten, met als titel: vervoersovereenkomst. De pakketbezorger maakt bij het verrichten van de werkzaamheden gebruik van een eigen bus. PostNL stelt nadere (technische) eisen aan het voertuig en de representativiteit van de pakketbezorger, hetgeen erop neerkomt dat gebruik dient te worden gemaakt van een witte bus, die voorzien is van een sticker met daarop het logo van PostNL.

In de vervoersovereenkomst met de pakketbezorgers is verder onder meer de volgende bepaling opgenomen:

‘Indien de Vervoerder om wat voor reden dan ook de Vervoersopdrachten niet kan verrichten, is de Vervoerder verplicht om zelf voor vervanging zorg te dragen. Vervoerder is derhalve niet verplicht om de werkzaamheden zelf uit te voeren. Voor de op deze wijze geregelde vervanger van Vervoerder gelden dezelfde voorwaarden zoals die van toepassing zijn op Vervoerder. (...)’

Indien de Vervoerder op structurele basis een vervangende vervoerder zoekt voor de

uitvoering van de Vervoersopdrachten, zal PostNL met deze vervangende vervoerder een separate vervoersovereenkomst sluiten.'

Een belangrijk deel van de zelfstandige pakketbezorgers heeft zich georganiseerd in de vereniging met Subco Partners (hierna: Subco). Op enig moment heeft de FNV zich de belangen van de subcontractors aangetrokken. In de loop van 2015 hebben onderhandelingen tussen FNV en PostNL geresulteerd in een akkoord onder de naam 'Duurzaam Bezorgmodel'. Dit model houdt kort gezegd in dat de zelfstandige pakketbezorgers kunnen kiezen uit de volgende opties:

- zij kunnen in dienst treden als bezorger; hun bus wordt dan overgenomen door PostNL;
- zij kunnen ervoor kiezen om met een 10% hogere vergoeding door te gaan als zelfstandig ondernemer.

PostNL heeft al haar subcontractors die als zzp'ers werkzaam zijn, uitgenodigd voor een gesprek en daarin het aanbod gedaan om in loondienst te treden op de in het akkoord geformuleerde voorwaarden. Slechts een klein gedeelte heeft dit aanbod aangenomen.

Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of de bezorgers in de onderhavige casus (hierna aan te duiden als A en B) werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht (standpunt PostNL) of op basis van een arbeidsovereenkomst (standpunt A en B). De overwegingen van de kantonrechter omtrent het beoordelingskader en de in casu relevante uitgangspunten bij de vraag of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen A/B en PostNL, zijn voor een groot deel hetzelfde. Hieronder zal daarom allereerst het deel van de overwegingen ten aanzien van A en B worden opgenomen, die gelijkloidend zijn. Vervolgens zal ik de uiteenlopende overwegingen omtrent A en B bespreken.

### **3. Oordeel Rechtbank Amsterdam (A en B)**

Het toetsingskader wordt gevormd door artikel 7:610 BW en de inhoud die daaraan is gegeven door de Hoge Raad in (onder meer) de arresten Groen/Schoevers (*NJ* 1998/149), en meer recent HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019 (Logidex). De kantonrechter geeft uitdrukkelijk aan een holistische benadering te hanteren en verwijst daarbij naar haar collega van de Rechtbank Noord-Holland in haar uitspraken van 18 december 2015 die een soortgelijke aanpak koos (ECLI:NL:RBNHO:2015:11226, ECLI:NL:RBNHO:2015:1122611230 en ECLI:NL:RBNHO:2015:1122611236).

De kantonrechter constateert allereerst dat zowel de overeenkomst als de Algemene Voorwaarden en de Bijlage erop gericht zijn géén arbeidsovereenkomst tot stand te laten

komen. Bedacht dient daarbij te worden dat PostNL en de pakketbezorger in maatschappelijk en economisch opzicht bepaald geen gelijkwaardige partijen zijn en dat over de inhoud van de overeenkomst en de AV – die voor alle subcontractors bijna volledig gelijkkluidend zijn – niet of nauwelijks door A/B kon worden onderhandeld. PostNL heeft ten aanzien van vrijwel alles wat met *de uitvoering* van het werk samenhangt, zoals de bedrijfskleding, het schoeisel en de wijze waarop de scanner voor pakjes bevestigd dient te worden aan de broekriem, zeer gedetailleerde instructies gegeven. Hetzelfde geldt ten aanzien van de kleur en de maatvoering van de bus van A/B. Er zijn Werkinstructies en Huisregels van toepassing verklaard die ook gelden voor de werknemers van PostNL. A/B heeft anderzijds investeringsrisico's genomen (het aanschaffen van een bus) en hij heeft van de Belastingdienst een VAR-verklaring gekregen (waarmee PostNL een ruling van de Belastingdienst heeft verkregen dat de overeenkomst niet als een arbeidsovereenkomst wordt beschouwd). A/B droeg gelet op de wijze van honorering (betaling per succesvolle stop) voorts ook een zeker ondernemingsrisico.

Daartegenover staat volgens de kantonrechter echter dat de vergaande – en overigens begrijpelijke – instructies van PostNL erop gericht waren dat X louter voor PostNL pakketten bezorgde, wat ook feitelijk het geval is geweest. PostNL controleerde voorts streng op de naleving van de instructies, onder meer door het houden van zogeheten 'straatcontroles'. Uit het 'straatcontroleformulier' kan worden geconcludeerd dat de straatcontroles niet louter dienen ter waarborging en een juiste behandeling van de pakketten en de veiligheid van de betrokkenen, maar ook strekken tot controle op de naleving van de voorschriften door de subcontractors. Andere te bezorgen pakketten werden feitelijk niet geduld.

PostNL werkt met een systeem van een tijdvakindicatie, dat inhoudt dat klanten een indicatie krijgen van een tijdvak van 2 of 3 uren waarbinnen hun pakket wordt bezorgd. PostNL bepaalt verder eenzijdig de route. Feitelijk betekent het systeem dat de subcontractors nauwelijks de vrijheid hebben zelf te bepalen hoe en wanneer ze hun route rijden en dat PostNL de tijdstippen bepaalt waarop de werkzaamheden moeten worden verricht.

De kantonrechter leidt uit het contractuele beding dat PostNL bij structurele vervanging door een ander een eigen overeenkomst met de vervanger sluit af dat de pakketbezorger zich bij de uitvoering van de werkzaamheden niet structureel mocht laten vervangen. Verder is incidentele vervanging slechts beperkt toegestaan: alle vervangers die na een ontvangen Verklaring Omtrent het Gedrag, rijbewijs en een met goed gevolg afgelegde test vooraf goedgekeurd zijn door PostNL kunnen als zodanig worden geregistreerd. Indien de pakketbezorger zich liet vervangen dan moest dit vooraf worden meegedeeld aan medewerkers bij het depot. Dit doet afbreuk aan de ondernemingsvrijheid van A/B.

*Oordeel ten aanzien van A*

Bij dit alles weegt nog – zwaar – mee dat A zich pas kort voor het aangaan van de vervoersovereenkomst met PostNL als zelfstandige heeft ingeschreven bij de Kamer van Koophandel. PostNL is de enige opdrachtgever van A geweest, aangezien A van maandag tot en met zaterdag werkte. En hoewel dat niet per se tot de conclusie hoeft te leiden dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, brengt het in samenhang met alle andere hiervoor genoemde omstandigheden wel mee dat – nu deze ene opdrachtgever zeer strakke kaders verstrekt waarbinnen de werkzaamheden dienen te worden verricht, terwijl vanwege de economische afhankelijkheid nauwelijks tot geen ruimte bestaat om over die kaders te onderhandelen – eerder het beeld ontstaat van een gezagsverhouding dan van zelfstandig ondernemerschap. Geoordeeld wordt dat A als werknemer van PostNL moet worden gezien.

*Oordeel ten aanzien van B*

Bij dit alles weegt aan de andere kant nog – zwaar – mee dat B reeds zeer lang, namelijk sinds 1989, een onderneming in koeriersdiensten drijft, dat B zich structureel door meerdere andere vervoerders laat bijstaan en meer routes heeft dan hij zelfstandig ooit zou kunnen rijden. B heeft zich dan ook voor het overgrote deel van de routes laten vervangen; een minderheid van de routes heeft hij zelf gereden. Hij is derhalve structureel betaald voor diensten die hij niet zelf reed.

Aangenomen mag worden dat, nu B bij het aangaan van de overeenkomst reeds zelfstandig ondernemer was en gelet op zijn opstelling nadien, ook hem daadwerkelijk voor ogen heeft gestaan dat hij als zelfstandige zou werken voor PostNL én dat hij de gevolgen hiervan kon overzien. Geoordeeld wordt dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen B en PostNL. Het feit dat PostNL gedetailleerde instructies gaf ten aanzien van de uitvoering van het werk en op de uitvoering ervan toezag, weegt niet op tegen de hiervoor genoemde omstandigheden. De kantonrechter concludeert dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, en afwegend, een beeld naar voren komt van een subcontractor die bewust heeft gekozen voor het zelfstandig ondernemerschap, geacht mag worden daarvan de consequenties te overzien en zich daarnaar ook gedragen heeft. Dat B alleen voor PostNL reed of mocht rijden, doet daar niet aan af. Bovendien vertoont B gelet op de structurele en hoge vervangingsgraad, meer gelijkenis met een zelfstandige met personeel dan met een zzp'er.

#### **4. Holistische benadering van de arbeidsovereenkomst**

Richtinggevend voor de (holistische) benadering van de arbeidsovereenkomst vormt het bekende arrest Groen/Schoevers (HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149, *JAR* 1997/263, r.o. 3.4). Bij de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de criteria voor het bestaan van een

arbeidsovereenkomst, moet volgens de Hoge Raad acht worden geslagen op *alle* (cursivering LvdB) omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien. Daarbij dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar dient mede acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Bij deze beoordeling speelt verder ook de maatschappelijke positie van de betrokken werker een rol.

De holistische benadering houdt dus kort gezegd in dat om vast te stellen of een rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd, de totaalindruk van de gezamenlijke omstandigheden bepalend is. Deze benadering van de arbeidsovereenkomst impliceert dat de feitenrechter het geheel van feiten en omstandigheden in zijn beoordeling (en motivering) dient te betrekken. Dat brengt mee dat de rechter zich niet uitsluitend dient te richten op feiten en omstandigheden die wijzen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar dat ook de contra-indicaties uitdrukkelijk dienen te worden meegewogen (en vice versa). Wanneer een rechter dat in zijn uitspraak nalaat, komt hem dat op een motiveringsgebrek te staan. Hieronder ga ik allereerst na hoe het element persoonlijke arbeidsverplichting in de onderhavige uitspraken wordt uitgelegd en hoe (de aan- en met name afwezigheid van) het element zich verhoudt tot de holistische benadering van de kantonrechter.

## **5. Holistische benadering en de persoonlijke arbeidsverplichting**

Voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst is van belang dat de werknemer zich tot de werkgever verbonden heeft de arbeid persoonlijk te verrichten. In het brede scala van lagere jurisprudentie over de kwalificatievraag is betrekkelijk weinig eenheid te onderkennen als het gaat om de invulling van het genoemde element. Er zijn verschillende uitspraken over onder meer post- en krantenbezorgers waarin het element beperkt wordt uitgelegd. Het bestaan van het contractuele beding omtrent vrije vervangbaarheid leidde in een aantal gevallen al (bijkans) tot de conclusie dat aan het element persoonlijke arbeidsverplichting niet was voldaan. Bovendien leidde in die uitspraken de enkele conclusie dat de persoonlijke arbeidsverplichting ontbrak direct tot het oordeel dat ipso facto geen arbeidsovereenkomst aanwezig was (vgl. Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2012, AR 2012-0342 inzake BBA; Rechtbank Noord-Nederland 23 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2552).

De Kantonrechter Amsterdam, maar ook de andere kantonrechters die zich recent over de kwalificatie van de arbeidsverhouding van pakketbezorgers hebben gebogen, tonen zich op dit gebied soepeler.

Naar mijn mening heeft de Rechtbank Amsterdam (en zelfs in meerdere mate de Rechtbank Noord-Holland) hier zijn nek uitgestoken als het gaat om de interpretatie van het element 'persoonlijke arbeidsverplichting'. De persoonlijke arbeidsverplichting wordt door de Kantonrechter Amsterdam in de onderhavige uitspraken ruim geïnterpreteerd. Hoewel de kantonrechter dat niet met zoveel woorden overweegt, lijkt hij genoeg te nemen met de situatie dat vrije en volledige vervangbaarheid niet is toegestaan en dat (incidentele) vervanging alleen binnen een vooraf goedgekeurde groep van personen (die aan bepaalde kwalificaties dienden te voldoen) mocht plaatsvinden met medeweten van PostNL. Dit doet volgens de kantonrechter afbreuk aan de ondernemingsvrijheid van de betrokken pakketbezorger.

Bovendien leidt het enkele negatieve antwoord op de vraag of B gehouden is de arbeid persoonlijk te verrichten niet direct tot de conclusie dat de arbeidsovereenkomst ontbreekt. Deze omstandigheid wordt (slechts) als een (zwaarwegende) contra-indicatie in de holistische weging betrokken. In dit verband is ook typerend dat de kantonrechter een verband legt met de mate van ondernemersvrijheid: de omstandigheid dat A en B zich bij hun werkzaamheden niet volledig en vrij kunnen laten vervangen, geldt hier als omstandigheid die op werknemerschap wijst. Dat B toch geen werknemer was hing in casu samen met de constatering dat B zich structureel door meerdere andere vervoerders liet bijstaan en zich voor het overgrote deel van de routes heeft laten vervangen. B is structureel betaald voor diensten die hij niet zelf reed, en dat maakt B volgens de kantonrechter in feite een zelfstandige met personeel. Bij het oordeel van de Rechtbank Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:81 dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst en waarbij eveneens de grote mate van vervanging door anderen een rol speelde, werd een overeenkomstige benadering gevolgd als die van de Rechtbank Amsterdam ten aanzien van B.

Ik vind het een goede zaak dat een persoonlijke arbeidsverplichting aanwezig wordt geacht in gevallen waarin sprake is van de hiervoor besproken beperkte vervangingsvrijheid. Anders wordt het voor werkverschaffers immers kinderlijk eenvoudig de arbeidsrechtelijke dwingendrechtelijke beschermingsregels te ecarteren. Of de holistische benadering de feitenrechter de ruimte biedt een arbeidsovereenkomst aanwezig te achten in gevallen waarin van een persoonlijke arbeidsverplichting in geen velden of wegen sprake is, valt naar mijn mening echter te betwijfelen. De holistische benadering kan mijns inziens bijvoorbeeld meebrengen dat een zeker instructierecht van de werkverschaffer nog niet dwingend tot het aanwezig achten van een gezagsverhouding hoeft te leiden, omdat er bijvoorbeeld meer gewicht wordt gehecht aan alle contra-indicaties van het aanwezig achten van een arbeidsovereenkomst (bijvoorbeeld de mate waarin de werkende ondernemersrisico's loopt). De holistische benadering kan mijns inziens echter niet meebrengen dat in gevallen waarin

niet aan alle elementen van artikel 7:610 BW is voldaan (met name loon en persoonlijke arbeidsverplichting), toch van een arbeidsovereenkomst kan worden gesproken. Daarom bestaat de enige ruimte die de rechter heeft om in gevallen waarin sprake is van een zekere vervangingsvrijheid toch een arbeidsovereenkomst aan te nemen, uit een ruime interpretatie van het element persoonlijke arbeidsverplichting. Hiermee sluiten de rechters mooi aan bij de ratio van dit element, te weten: het onderscheiden van de economisch afhankelijk van de zelfstandig ondernemers.

## **6. Holistische benadering en maatschappelijke positie bij het aangaan en de uitvoeringsfase**

In de onderhavige uitspraken van de Kantonrechter Amsterdam wordt duidelijk dat de omstandigheid dat de pakketbezorgers in (zeer) grote mate economisch afhankelijk zijn van PostNL en PostNL bovendien gedetailleerde instructies gaf ten aanzien van de uitvoering van het werk en op de uitvoering ervan toezag, nog niet dwingend tot de conclusie leidde dat ten aanzien van zowel A als B van een arbeidsovereenkomst sprake was. Ten aanzien van A speelt een belangrijke rol zijn maatschappelijke positie bij het aangaan van de overeenkomst (hij had 'zijn onderneming' pas kort voor de ingangsdatum van het contract opgericht en over de inhoud van de overeenkomst kon niet of nauwelijks door de pakketbezorger worden onderhandeld). Verder speelt ook de positie van A tijdens de uitvoeringsfase van de overeenkomst (gelet op de economische afhankelijkheid van PostNL) een belangrijke rol.

Bij het oordeel dat B geen arbeidsovereenkomst met PostNL heeft, is van groot gewicht de omstandigheid dat in rechte vaststond dat B al sinds 1989 een eenmanszaak had en – zo lees ik de uitspraak – gelet op zijn maatschappelijke positie derhalve goed kon overzien welke (juridische en sociaaleconomische) gevolgen het ondertekenen van het contract met PostNL had. Bovendien legt de eerder besproken grote vervangingsgraad van B veel gewicht in de schaal. Rechtbank Noord-Holland 18 december 2015 ECLI:NL:RBNHO:2015:11230 oordeelde ten aanzien van een pakketbezorger in een vrijwel identiek feitencomplex op bijna overeenkomstige wijze. In beide uitspraken speelt met andere woorden de maatschappelijke (en sociaaleconomische positie) bij het aangaan en tijdens de uitvoeringsfase van de overeenkomst een rol.

## **7. Maatschappelijke positie en partijbedoeling bij het aangaan van de overeenkomst**

Rechtbank Noord-Holland neemt in alle uitspraken bij de kwalificatie van de arbeidsverhouding van de pakketbezorger ook duidelijk de maatschappelijke positie van de betrokkene in aanmerking. De rechtbank neemt in de gevallen waarin een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen als uitgangspunt dat op grond van de bepalingen in



de vervoersovereenkomst de partijbedoeling niet gericht lijkt te zijn geweest op het aangaan van een arbeidsovereenkomst. In een situatie waarin de werkende maatschappelijk ongelijk en economisch afhankelijk is van de ander, zijn er minder argumenten om de werkende de ongelijkheidscompensatie van het arbeidsrecht te ontzeggen. Bij de invulling van de maatschappelijke positie van de betreffende pakketbezorger neemt de rechtbank in aanmerking dat de bezorger zijn onderneming pas heeft opgericht kort voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst met PostNL. Verder neemt de rechtbank in algemene zin in aanmerking dat ten aanzien van de pakketbezorgers sprake is van zelfstandigen zonder eigen personeel met een lage opleidingsgraad, terwijl gesteld noch gebleken is dat zij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst juridisch of anderszins werden bijgestaan. De kantonrechter betwijfelt ten eerste of de pakketbezorger zich bij het aangaan van de overeenkomst heeft gerealiseerd – en of dat van hem gelet op zijn maatschappelijke positie verwacht kan en mag worden – in welke mate hij vanaf dat moment economisch afhankelijk zou worden van PostNL, mede gelet op de door hem gedane investering ten behoeve van de bus. Dit gegeven, in combinatie met de aard van de arbeid, namelijk ongeschoolde en laag betaalde arbeid met een hoog ‘productiegehalte’, nodigt uit tot toepassing van de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, en tot terughoudendheid waar het betreft het toekennen van gewicht aan de (op schrift geformuleerde) partijbedoeling. Hoewel de kantonrechter dat niet met zoveel woorden zegt, volgt uit de uitspraak dat volgens deze kantonrechter doorslaggevende betekenis toekomt aan de wijze van uitvoering van de overeenkomst.

Wat mij verbaast, is dat de Rechtbank Noord-Holland bij de beoordeling van de partijbedoeling bij het aangaan van de overeenkomst met zoveel omhaal de ‘etiketbenadering’ met een beroep op de sociaaleconomische positie verwerpt. Uiteraard, het etiket dat op de overeenkomst is geplakt vormt een mogelijk rechtens relevante indicatie van de werkelijke bedoelingen van partijen (HR 10 december 2004, *JAR* 2005/15) maar (het aanwezig zijn, dan wel ontbreken van reële onderhandelingsvrijheid over) de voorwaarden waaronder wordt gewerkt vormen naar mijn mening een veel duidelijkere indicatie van de (werkelijke) bedoelingen van partijen. Dat de betrokkenen ondanks een andersluidend etiket in werkelijkheid beoogden een arbeidsovereenkomst aan te gaan, zou bijvoorbeeld kunnen worden afgeleid uit de omstandigheid dat de werkverschaffer de voorwaarden waaronder de werkzaamheden worden verricht, (vrijwel) eenzijdig dicteert en de contractvoorwaarden bovendien zodanig zijn dat van ondernemersvrijheid in reële zin niet meer kan worden gesproken. Dat een pakketbezorger die fulltime (persoonlijk) zijn arbeidskracht (exclusief) aan een ander aanbiedt waarbij de contractinhoud door de ander is gedictieerd en waarbij zowel de inhoud als de organisatie van het werk met tal van instructies en controle zijn omgeven, vormt naar mijn mening als hoofdregel een voldoende duidelijke indicatie dat de

maatschappelijke positie van een werkende zwak is. Dat de werkende voorheen al een Kamer van Koophandelinschrijving had en eventueel ook fiscaal als ondernemer door het leven ging, zegt mij niet zoveel. In het geval van B (en eveneens ten aanzien van de bezorger in Rb. Noord-Holland 18 december 2015 ECLI:NL:RBNHO:2015:11230) kan inderdaad worden gezegd dat hij zich – gelet op de omstandigheid dat hij zoveel werk van PostNL aannam dat hij structureel slechts een beperkt gedeelte van de pakketten voor PostNL zelf bezorgde – in de uitvoeringsfase van de overeenkomst ‘ondernemersachtige’ trekjes vertoonde. Daarom valt het in het geval van B mijns inziens wel te billijken dat het eindoordeel was dat geen arbeidsovereenkomst aanwezig was.

### **8. Partijbedoeling in de uitvoeringsfase van de overeenkomst**

Ik sta verder kritisch tegenover het standpunt van de Rechtbank Oost-Brabant, die geen arbeidsovereenkomst aannam in een zaak waarin de bezorger zich nauwelijks liet vervangen (Rb. Oost-Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83). Bij het oordeel dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst is voor deze kantonrechter van groot belang dat de wil van de pakketbezorger in *de uitvoeringsfase* uitdrukkelijk niet gericht is geweest op het aangaan van de arbeidsovereenkomst. De rechter leidt dit af uit in het geding gebrachte gespreksverslagen, waarin PostNL de pakketbezorger een arbeidsovereenkomst aanbood en waar hij aangaf dat ‘in loondienst gaan bij Postnl absoluut geen optie is omdat het loon veel te laag is’. Voorts speelden bij dit oordeel een belangrijke rol de wijze van beloning (per succesvolle stop), de investering in een eigen bus, het hebben van een btw-nummer, de VAR-WUO en de inschrijving bij de Kamer van Koophandel. Dat PostNL gedetailleerde instructies gaf ten aanzien van de uitvoering van het werk en op de naleving toezag, alsmede het gegeven dat de pakketbezorger alleen voor PostNL reed of mocht rijden waardoor mogelijk een economische afhankelijkheid ontstond, weegt volgens de kantonrechter niet op tegen de eerdergenoemde omstandigheden. Rechtbank Midden-Nederland 6 januari 2016, AR 2016-0014 oordeelde ten aanzien van een andere pakketbezorger in soortgelijke zin.

Ik vind het lastig te begrijpen dat de kantonrechter – die als uitgangspunt neemt dat de ‘partijbedoeling’ (zie hierna) van de betrokkene bij aanvang van de arbeidsrelatie gelet op zijn sociaaleconomische positie weinig gewicht toekomt en concludeert dat deze pakketbezorger in de uitvoeringsfase (mogelijk) economisch afhankelijk was van PostNL, de wil van betrokkene om tijdens de uitvoeringsfase van het contract geen schriftelijke arbeidsovereenkomst met PostNL wenst te ondertekenen omdat dit een negatieve invloed heeft op zijn loon, wel belangrijk gewicht toekent. Het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW brengt mijns inziens mee dat het afzien van het ondertekenen van een contract met als titel: arbeidsovereenkomst weinig tot geen gewicht toekomt in gevallen waarin de arbeidsverhouding van de werkende in werkelijkheid al een arbeidsovereenkomst

is. Een bewuste keuze van een werkende om geen schriftelijk arbeidscontract te willen ondertekenen omdat dit negatieve gevolgen heeft voor zijn inkomsten en omdat hij anders met een duur leasecontract van zijn bus blijft zitten, kan niet afdoen aan de toepassing van de uit het bestaan van een arbeidsovereenkomst voortvloeiende dwingendrechtelijke beschermingsregels. De Kantonrechter Eindhoven hanteert mijns inziens hier dus een (weliswaar in de uitvoeringsfase) te formele invulling van ‘de partijbedoeling’. Wanneer de sociaaleconomische positie van een werkende tijdens de uitvoeringsfase van de overeenkomst zwak is te noemen, mag het feit dat hij niet akkoord wenst te gaan met een arbeidscontract omdat dit een verslechtering van zijn financiële positie betekent, hem niet worden tegengeworpen.

## **9. Resumerend**

Rechtbank Amsterdam heeft, in navolging van Rechtbank Noord-Holland met de ruime interpretatie van het element persoonlijke arbeidsverplichting een belangrijke stap gezet. Deze interpretatie biedt de rechter de ruimte om personen die economisch afhankelijk zijn van hun werkverschaffer de (arbeidsrechtelijke) bescherming te bieden die zij nodig hebben. Hierdoor kunnen werkverschaffers minder eenvoudig met een louter contractueel beding over vrije vervangbaarheid de dwingende toepassing van het arbeidsrecht ontwijken. Opvallend is verder dat Rechtbank Amsterdam in het geval waarin sprake was van een zodanige vervangingsgraad dat de werkende niet in staat was de overeengekomen arbeid zelf te verrichten, niet duidelijk in de sleutel van (het ontbreken van) een persoonlijke arbeidsverplichting werd geplaatst. Rechtbank Amsterdam legt, door een vergelijking te maken met de zelfstandige met personeel, eerder een link met de ratio van het element. Het is te hopen dat deze benadering in de lagere jurisprudentie navolging krijgt.

In drie van de twaalf uitspraken is het eindoordeel dat de door de pakketbezorger begeerde arbeidsovereenkomst inderdaad aanwezig is. Dit hadden er echter meer kunnen en moeten zijn. Dit geldt in de eerste plaats voor de gevallen waarin ondanks de beperkte vervangingsgraad geen arbeidsovereenkomst werd aangenomen omdat de pakketbezorger voordat hij het contract ondertekende al werkzaam was (geweest) als zelfstandig ondernemer. Dat geldt temeer in de gevallen waarin daarvan geen sprake was, maar het weigeren van een schriftelijk arbeidscontract doorslaggevend was.

Het lijkt mij goed als uitgangspunt te nemen dat bij de beoordeling of een arbeidsverhouding een arbeidsovereenkomst is of niet, de kwalificatie door partijen van het schriftelijke contract (het etiket) niet al te veel gewicht moet krijgen. Dit dient met name op te gaan in de gevallen waarin niet kan worden gezegd dat twee contractspartijen in gelijkwaardigheid hebben onderhandeld over de wijze waarop en de voorwaarden waaronder wordt gewerkt. In dat geval

kan immers het etiket dat op de rechtsverhouding is geplakt moeilijk worden gezien als een weerspiegeling van hetgeen partijen 'voor ogen stond'. Dit dient verder niet alleen op te gaan voor de bepaling van de wil van partijen bij het aangaan van de overeenkomst, maar (uiteraard) ook tijdens de uitvoeringsfase van de overeenkomst.