

ANNOTATIE

De holistische weging in optima forma en de rol van ondernemerschap

mr. dr. J.H. Bennaars

*Annotatie bij Gerechtshof Amsterdam, 16-02-2021,
ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (AR-2021-0171)*

Op 16 februari jl. heeft het hof Amsterdam zijn langverwachte uitspraak over de kwalificatie van de rechtsverhouding van Deliveroo-bezorgers gedaan. De uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (*FNV/Deliveroo*) wordt bekrachtigd, ook het hof is van oordeel dat maaltijdbezorgers werken op basis van een arbeidsovereenkomst. Het hof komt tot deze conclusie na holistische weging van alle feiten en omstandigheden waarbij uitsluitend de vrijheid die bezorgers hebben ten aanzien van het wel of niet werken wijst op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst (r.o. 3.12.1 jo. 3.7.4 en 3.7.8). Alle andere feiten en omstandigheden wijzen op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst of zijn onvoldoende onderscheidend, zoals bijvoorbeeld het geven van aanwijzingen (r.o. 3.9.2 en 3.9.3). In deze annotatie besteed ik aandacht aan drie aspecten. In de eerste plaats heeft het hof te maken met nieuwe omstandigheden doordat de werkwijze en contracten zijn gewijzigd en ook HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Gemeente Amsterdam*) een rol speelt. Ten tweede betreft het hof de afwezigheid van ondernemerschap in civiele beoordeling van de arbeidsrelatie. Ten slotte ga ik in op de rol die het hof toedicht aan de vraag of maaltijdbezorging al dan niet behoort tot de kernarbeid van Deliveroo. De uitspraak bevat nog vele andere interessante aspecten die een verdere bespreking buiten het kader van een annotatie verdienen.

(1) Nieuwe elementen

De behandeling van de appelzaak liep vertraging op doordat de geplande mondelinge behandeling in het voorjaar van 2020 vanwege de COVID-19-maatregelen niet door kon gaan.

Uiteindelijk vond de mondelinge behandeling plaats op 11 september 2020. Nog voordat het hof arrest kon wijzen, kwam de Hoge Raad met het arrest van 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Gemeente Amsterdam*) over de rol van de partijbedoeling bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Partijen hebben zich hier nog over kunnen uitlaten. Het heeft ertoe geleid dat het hele debat in eerste aanleg en in de processtukken in appèl over de partijbedoeling ten aanzien van de kwalificatie van de overeenkomst door het hof buiten beschouwing wordt gelaten (r.o. 3.4 en 3.5). Dat lijkt mij juist. Het hof benadrukt dat het arrest *Groen/Schoevers* (HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495) voor het overige niet verlaten is en dat nog een ‘alle omstandigheden-toets’ moet plaatsvinden. Ook geeft het hof verdere invulling aan de in *Groen/Schoevers* genoemde maatschappelijke positie van partijen: onder die noemer lijkt de afwezigheid van ondernemerschap te worden meegewogen (r.o. 3.9.12), zie hierover paragraaf 2 hierna.

Opvallend is dat in de uitspraak geen aandacht wordt besteed aan de uitspraak van het Hof van Justitie van 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288 waarin het HvJ EU oordeelt dat een Britse pakketbezorger die via een app wordt aangestuurd geen ‘worker’ naar Engels recht is.

Niet alleen het recht is gewijzigd, ook de feiten. Sinds de dagvaarding in eerste aanleg (27 juni 2018) zijn er wijzigingen geweest in de contracten die worden gebruikt en in de werkwijze (zie r.o. 3.4). Een belangrijke wijziging is de vervanging van het *SBB*-systeem door het *Free login*-systeem (r.o. 2.5) per maart 2020. In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat het *SBB*-systeem waarbij bezorgers op voorhand bezorgslots konden reserveren en geprikkeld werden om op voor Deliveroo gunstige tijden te werken (zie r.o. 32 en 33 uitspraak eerste aanleg) bijdraagt aan het oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Die praktijk is in maart 2020 vervangen door een systeem waarin alle bezorgers op elk gewenst moment kunnen inloggen. Dit levert volgens het hof een grotere vrijheid op om al dan niet te werken. Dit is volgens het hof een contra-indicatie is voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar weegt niet op tegen alle andere omstandigheden (zie r.o. 3.12.1 jo. 3.7.4 en 3.7.8). Ook overweegt het hof dat er onvoldoende redenen zijn om onderscheid te maken tussen de verschillende contractsvormen die zijn gehanteerd vanaf 2018, r.o. 3.12.2. Lees ik het goed, dan komt het hof tot het oordeel dat de wijzigingen elkaar enigszins in evenwicht houden en het totaalbeeld niet doen kantelen. Sterker nog, het hof overweegt zelfs dat de eenzijdige wijzigingen door Deliveroo van het contract en van de wijze waarop de werkzaamheden worden georganiseerd erop duiden dat het platformbedrijf gezag uitoefent over de bezorgers (r.o. 3.9.6).

Interessant is de procesrechtelijke vraag wat zou zijn gebeurd als de gewijzigde werkwijze wèl tot een ander oordeel zou hebben geleid. Het beoordelen van de nieuwe situatie kan niet zien op de periode waarover in eerste aanleg is geoordeeld, de periode van voor de wijziging. Ook

leidt het meenemen van de situatie na maart 2020 in zekere zin tot een verlies van instantie omdat de nieuwe situatie dan maar eenmaal in feitelijke aanleg kan worden getoetst. Hieraan liggen naar ik aanneem keuzes van de procederende partij(en) ten grondslag.

(2) Het ondernemerschap in de kwalificatievraag

Het hof overweegt in r.o. 3.9.12 terecht dat in de civiele kwalificatie van de arbeidsrelatie geen betekenis wordt toegekend aan het zijn van ondernemer. Zoals onder paragraaf 1 hiervoor opgemerkt neemt het hof deze toets toch mee via de band van de maatschappelijke positie, hierbij duidelijk geïnspireerd door A-G De Bock in haar conclusie voor *X/Amsterdam* (randnrs. 9.74 en 9.75). Ook wijst het hof in r.o. 3.8.3 op de uitspraak *FNV KIEM* (HvJ EU van 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411) waarin het zijn van ondernemer een indicatie is voor het niet-zijn van werknemer. Omgekeerd kan het ontbreken van ondernemerschap een indicatie zijn voor werknemerschap, aldus het hof. Het hof wijst daarbij op de door Deliveroo verstrekte informatie dat 67% van de bezorgers geen btw afdraagt omdat er minder dan € 603,92 per maand wordt verdiend, waarmee de Belastingdienst de werkzaamheden als hobbymatig aanmerkt. Daar voegt het hof nog aan toe dat restaurants en klanten de bezorgers niet als zelfstandigen zien maar als onderdeel van Deliveroo, hetgeen nog wordt versterkt doordat klachten over bezorgers bij Deliveroo kunnen worden ingediend (r.o. 3.9.10). Ook dit wijst allemaal in de richting van een arbeidsovereenkomst. Het hof plaatst dit allemaal in de sleutel van 'in dienst van' waarbij steeds de invloed van Deliveroo op de wijze waarop gewerkt wordt betrokken.

Het binnentrekken van de toch meer fiscale kwalificatie ondernemer in de civiele kwalificatievraag past enerzijds binnen het steeds verder naar elkaar toegroeien van de civiele, fiscale en socialezekerheidsrechtelijke invulling van de definitie van de arbeidsovereenkomst (vgl. het *Gouden Kooi*-arrest). Daarnaast past het ook bij ons binaire stelsel waarin iemand het één of het ander is en geen als zodanige in de wet gedefinieerde tussenvorm is opgenomen. Anderzijds betekent de fiscale kwalificatie 'geen ondernemer' niet per definitie dat iemand in fiscale zin werknemer is. Dat hoeft geenszins. Dat zou juist weer pleiten tegen het meenemen van dit element. In het geheel van de holistische wegging en de maatschappelijke positie vind ik de redenering van het hof goed te begrijpen, maar of dit in alle gevallen uitkomst biedt, is, gelet op het voorgaande, de vraag.

(3) Kernactiviteit

Bij de beoordeling van de vraag of de werkzaamheden 'in dienst van' Deliveroo worden verricht gaat het hof ook in op de vraag of het bezorgen van maaltijden kan worden gerekend tot de gewone bedrijfsactiviteit of de kernactiviteit van het platformbedrijf. Deliveroo heeft

zich op het standpunt gesteld dat dat geen relevant aspect is voor de beoordeling van de arbeidsrelatie. Het hof oordeelt anders onder verwijzing naar de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep en het arrest *IVA/Queijssen* (HR 17 november 1978, NJ 1979, 140) waaruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad heeft bedoeld dat het verrichten van gewone bedrijfsarbeid kan duiden op een gezagsverhouding (r.o. 3.9.4). Ook hier put het hof duidelijk inspiratie uit de conclusie van A-G de Bock voor het meergenoemde arrest *X/Amsterdam*. Geheel in lijn met de *Uber*-arresten van het HvJ EU (10 april 2018, ECLI:EU:C:2018:221 en 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:981) komt het hof in r.o. 3.9.5 tot het oordeel dat geen sprake is van een IT-bedrijf zoals Deliveroo stelt, maar van een maaltijdbezorger. Dat ook nog andere activiteiten worden verricht doet daaraan niet af. Ook dit draagt bij aan het oordeel dat de bezorgers hun werkzaamheden ‘in dienst van’ het platformbedrijf uitoefenen.

Het hof hanteert dus met recht een zeer holistische wegging. Dat kan worden gezien als een vergaande doelredenering of als een moderne toepassing van artikel 7:610 BW, afhankelijk van welke positie iemand inneemt in het platformdebat. Ik kan mij wel vinden in de redenering van het hof, de redenering past mijns inziens in de bestaande kwalificatierechtspraak en binnen artikel 7:610 BW.

(4) Tot slot

Ter afsluiting wijs ik nog op twee opvallende punten. Het hof vindt het weinig relevant dat gewerkt wordt aan de hand van de Algemene modelovereenkomst ‘geen werkgeversgezag’ van de Belastingdienst (r.o. 3.11.4) en wijst erop dat de civiele en fiscale beoordeling niet noodzakelijkerwijs samenvallen. Dat klopt op zich wel, maar verhoudt zich dan toch weer wat moeizaam met het ‘invaren’ van het ondernemerschap in de holistische wegging. Ten tweede blijkt uit het arrest dat het hof enige inspiratie heeft gezocht in buitenlandse rechtspraak. De waarde die het hof toekent aan de mogelijkheid van Deliveroo om via GPS de bezorger voortdurend te volgen en het effect dat dat heeft op de bezorger lijkt ontleend te zijn aan de uitspraak van de Franse Hoge Raad in de *Take Eat Easy*-zaak van 28 november 2018 (Cour de Cassation 2018 n° 17-20.079).

Deliveroo heeft aangekondigd cassatie in te stellen van de uitspraak. De Hoge Raad zal zich dan – onder meer – uit moeten spreken over de vraag of het betrekken van het ondernemerschap en de vraag of sprake is van ‘kernactiviteiten’ wel of niet betrokken moeten worden bij de beoordeling van de arbeidsrelatie. In het arrest *X/Amsterdam* is dat niet aan de orde geweest, ondanks de voorzet van A-G De Bock (randnrs. 9.71 en 9.74). Overigens valt dat goed te begrijpen gelet op de specifieke casus die daar voorlag (werkzaamheden in het kader van re-integratie-inspanningen van een IOAW-gerechtigde). Het arrest van het hof in de *Deliveroo*-zaak laat mijns inziens de Hoge Raad geen ruimte meer om deze (en andere)

aspecten onbesproken te laten.

Of in de tussentijd deze uitspraak veel gevolgen heeft voor werkenden bij platformbedrijven of andere zzp'ers valt te bezien. Naar aanleiding van de uitspraak in eerste aanleg met dezelfde uitkomst is weinig verschoven. Mijn inschatting is dat de praktijk wacht op het verlossende woord van de Hoge Raad.