

Het Deliveroo-arrest: jongleren met alle omstandigheden van het geval

TRA 2023/50

In het Deliveroo-arrest bevestigt de Hoge Raad de holistische weging van alle omstandigheden van het geval en de rol die in de weging toekomt aan de maatschappelijke positie van partijen. In die zin is het arrest niet baanbrekend. Het arrest is niettemin van groot belang voor de rechtsontwikkeling en -praktijk, vanwege de relevante omstandigheden die de Hoge Raad benoemt. Onduidelijk blijft hoe alle omstandigheden zich in de holistische weging tot elkaar verhouden. Of de plannen van het kabinet op dit punt voor meer rechtszekerheid gaan zorgen, hangt af van de nadere uitwerking van de drie hoofdelementen.

1. Inleiding

Reikhalzend werd uitgekeken naar het Deliveroo-arrest van de Hoge Raad. In de ochtend van 24 maart 2023 was het moment daar.² De verwachtingen waren hooggespannen na de conclusie van A-G De Bock waarin zij de Hoge Raad adviseerde (of beter gezegd: uitdaagde) het criterium 'in dienst van' in een modern jasje te steken. Dat het arrest tot twee keer toe werd uitgesteld, deed de verwachtingen enkel toenemen. Op social media werd druk gespeculeerd over de reden van uitstel: zou er discussie bestaan tussen de raadsheren of zou de voortgangsbrief 'Werken met en als zelfstandige(n)' van 16 december 2022³ tot onrust hebben geleid? Wat de reden ook was, baanbrekend is de inhoud van het arrest niet te noemen. De publicatie van twee oude arresten op rechtspraak.nl, een week eerder, wees al voorzichtig in die richting.⁴ Niettemin is het arrest van wezenlijk belang voor de rechtsontwikkeling en -praktijk. De eigentijdse invulling die de Hoge Raad geeft aan de holistische weging van alle omstandigheden van het geval biedt stof tot nadenken en heeft een effect dat verder reikt dan platformbedrijven alleen.

In deze bijdrage staat de holistische weging van alle omstandigheden van het geval centraal. Ik analyseer op welke wijze de Hoge Raad hieraan toepassing geeft in het arrest *Deliveroo* waarbij ik inga op de organisatorische inbedding van de arbeid en het zelfstandig ondernemerschap (3.1) en de maatschappelijke positie van partij-

en (3.2). De verplichting om opdrachten te accepteren en de arbeid persoonlijk te verrichten, komen eveneens aan bod. Daarna plaats ik de holistische weging in het licht van de voortgangsbrief van 16 december 2022 (par. 4). De bijdrage start met een beschrijving van de procedure (par. 2) en sluit af met een conclusie (par. 5).

2. Beknopte schets procedure

De zaak draaide om de juridische vraag of de maaltijdbezorgers van Deliveroo werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. De procedure nam een aanvang op 27 juni 2018 en werd geïnitieerd door vakbond FNV. Rechtbank Amsterdam oordeelde op 15 januari 2019 dat de maaltijdbezorgers werknemers waren. Deze uitkomst was in die zin verrassend omdat dezelfde rechtbank zes maanden eerder tot een tegengesteld oordeel was gekomen in een soortgelijke zaak.⁵

Ten tijde van het door Deliveroo ingestelde hoger beroep had de app om bestellingen te ontvangen inmiddels enkele aanpassingen ondergaan. Zo kon iedere bezorger op het door hem of haar gewenste moment inloggen en konden aangeboden bestellingen zonder consequenties worden geweigerd. Verder had Deliveroo het vaste bedrag per bezorging en de vaststelling van bonussen gewijzigd. Het mocht Deliveroo niet baten. Hof Amsterdam kwam in een uitvoerig gemotiveerd arrest tot het oordeel dat de maaltijdbezorgers werknemers waren. Het hof onderkende dat de vrijheid van de bezorgers ten aanzien van het verrichten van de arbeid wees in de richting van een opdracht-overeenkomst, maar oordeelde in het licht van alle omstandigheden van het geval dat de overeenkomst een arbeidsovereenkomst was. Daarbij achtte het hof van belang dat het bezorgen van maaltijden een kernactiviteit was en organisatorisch was ingebed binnen de organisatie van Deliveroo, terwijl de maaltijdbezorgers geen kenmerken bezaten die wezen op zelfstandig ondernemerschap.

Deliveroo formuleerde in cassatie een veelheid aan rechts- en motiveringsklachten tegen het arrest van Hof Amsterdam. In haar conclusie adviseerde A-G De Bock tot afwijzing van de klachten. Daarbij betoogde de A-G dat gezag, zoals dat wordt afgeleid uit het criterium 'in dienst van', verduidelijking behoeft. Naar haar mening moet worden gekeken naar de organisatorische inbedding van de arbeid, waarmee zij doelt op de vraag of de arbeid die de betreffende werkende verricht, een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de werkverschaffer is. Gezichts-

1 Femke Laagland is hoogleraar arbeidsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht).

2 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo/FNV*).

3 Ministerie SZW, Voortgangsbrief werken met en als zelfstandige(n), d.d. 16 december 2022.

4 HR 17 november 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6391 (*IVA/Queijssen*) en HR 16 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1445 (*Vakantiewerkers*).

5 Rb. Amsterdam 18 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183. In deze procedure was de zaak aangespannen door een Deliveroo-maaltijdbezorger.

punten daarvoor zijn: (i) of de arbeid een kernactiviteit van de werkverschaffer is, (ii) de arbeid een structureel karakter heeft en (iii) wat het organisatorische kader is waarbinnen de arbeid wordt verricht. Als de arbeid niet is ingebed in de organisatie van de werkverschaffer heeft de werkende een eigen onderneming en is hij te beschouwen als een zelfstandig ondernemer. De vraag of sprake is van gezag kan volgens de A-G daarom ook via het zelfstandig ondernemerschap worden benaderd. De aanwezigheid van een instructiebevoegdheid acht zij in de beoordeling veel minder van belang.

In lijn met de A-G verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep van Deliveroo. De Hoge Raad laat zich niet tot een fundamentele uitspraak verleiden. De vraag of aanleiding bestaat voor nadere algemene regels of uitgangspunten aanzien van de omstandigheden die de kwalificatie bepalen, laat de Hoge Raad aan de wetgever. De Hoge Raad acht bepalend dat de onderwerpen reeds de aandacht van de Nederlandse en Europese wetgever hebben.⁶

3. Analyse van het arrest: de holistische weg

3.1 Organisatorische inbedding van arbeid en zelfstandig ondernemerschap

Voordat de Hoge Raad tot een beoordeling van de rechten motiveringsklachten komt, herhaalt hij het juridische kader zoals verwoord in het arrest *X/Gemeente Amsterdam* van 6 november 2020 (de zogenoemde tweefasentoets). Hierna maakt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.2.5. duidelijk dat binnen die beoordeling alle omstandigheden van het geval in hun onderlinge verband moeten worden gezien. Deze formulering bevestigt de holistische weg uit het arrest *Groen/Schoevers*.⁷ De Hoge Raad overwoog in het arrest uit 1994: *'dat niet een enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband moeten worden gezien'*. De Hoge Raad hanteert – in tegenstelling tot de A-G – de organisatorische inbedding van de arbeid in het bedrijf van de werkverschaffer dus niet als startpunt in de beoordeling. Wel keert deze omstandigheid terug in het lijstje van omstandigheden dat de Hoge Raad opsomt in rechtsoverweging 3.2.5.⁸ In dat lijstje is ook aandacht voor de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht. De Hoge Raad legt dit gezichtspunt niet uit, maar in lijn met zowel Hof Amsterdam als A-G De Bock lijkt mij relevant of de arbeid onderdeel is van de bedrijfsvoering en, in het verlengde, een

kernactiviteit van de werkverschaffer is. Relevant daarbij lijkt mij of de arbeid een structureel karakter heeft.

Bovengenoemde omstandigheden zijn gerelateerd aan de arbeid binnen de onderneming van de werkverschaffer. Hoewel de Hoge Raad in een arrest uit 1978⁹ – een van de arresten uit de oude doos die een week eerder werden gepubliceerd – reeds oordeelde dat belang toekwam aan de omstandigheid dat de verrichte werkzaamheden behoorden tot de gewone bedrijfsarbeid van de werkverschaffer, speelde dit perspectief in de civiele rechtspraak tot dusver geen prominente rol.¹⁰ Echt nieuw is het zelfstandig ondernemerschap als omstandigheid. Binnen de holistische weg acht de Hoge Raad van belang of de werkende zich in het economische verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen. Bij de uitleg van het zelfstandig ondernemerschap staat de betreffende werkende als persoon centraal. Daarbij valt op dat het erom gaat hoe de werkende zich in het economisch verkeer gedraagt of kan gedragen en niet zozeer om het gedrag van de werkende binnen de betreffende arbeidsrelatie. Dit wordt bevestigd door de gezichtspunten die de Hoge Raad vervolgens noemt. Zo komt gewicht toe aan het gedrag van de werkende bij het verwerven van een reputatie, bij acquisitie, wat betreft de fiscale behandeling en het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt.

De benadering van het zelfstandig ondernemerschap wijkt af van de conclusie van A-G De Bock. Ook de A-G hechtte belang aan het zelfstandig ondernemerschap, maar plaatste dit begrip tegenover de organisatorische inbedding van de arbeid. Volgens de A-G sluiten beide factoren elkaar uit: als sprake is van inbedding van de arbeid in de organisatie van de werkverschaffer, dan heeft de werkende geen eigen onderneming en andersom.¹¹ In de benadering van de Hoge Raad is denkbaar dat de werkende arbeid verricht die organisatorisch is ingebed, terwijl dezelfde werkende zich in het economisch verkeer als zelfstandige manifesteert. Ik neem het voorbeeld van een IT-er die bij een bank werkzaamheden verricht die organisatorisch zijn ingebed binnen de organisatie van de bank. De werkende verricht het werk voor 25 uur per week, heeft daarnaast twee andere IT-opdrachten, investeert in een eigen website en zijn professionele ontwikkeling via cursussen, neemt deel aan tal van acquisitieactiviteiten en staat bij de Belastingdienst als zelfstandig ondernemer geregistreerd. De opsomming in rechtsoverweging 3.2.5 van het arrest *Deliveroo* laat in het midden hoe de verschillende omstandigheden zich in de

6 Voor de Nederlandse ontwikkelingen kan worden gewezen op de voortgangsbrief, a.w. (noot 3). Voor de Europese ontwikkelingen is relevant het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk dat een rechtsvermoeden voor de werkende behelst (COM 2021/762 final).

7 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schoevers*).

8 De Hoge Raad overweegt in dezelfde zin dat ook de inbedding van de werkende in de organisatie van belang kan zijn.

9 HR 17 november 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6391 (*IVA/Queijssen*).

10 Dat deed het wel in de fiscale rechtspraak. Zie S. Said, 'Organisatorische inbedding: een bruikbaar kwalificatiecriterium of voer voor juristen?', *TRA* 2020/14.

11 A-G De Bock r.o. 8.13-8.14. Reden is dat de A-G het zijn van een zelfstandig ondernemer koppelt aan de betreffende arbeidsrelatie. Overigens noemt de A-G wel het al dan niet hebben van meer opdrachtgevers als gezichtspunt in rechtsoverweging 8.16.

holistische weging ten opzichte van elkaar verhouden en welk gewicht toekomt aan het gedrag van de werkende in het economische verkeer. Dat biedt veel ruimte aan lagere rechters en kan leiden tot verschillende uitkomsten in soortgelijke zaken. Het is bovendien denkbaar dat twee werkenden hetzelfde werk binnen het bedrijf verrichten maar de een op basis van een arbeidsovereenkomst en de ander op basis van een opdrachtovereenkomst, enkel vanwege hun gedrag in het economische verkeer en dus hun gedrag buiten de betreffende arbeidsrelatie om.

In het Europese recht komt bij de beoordeling of een werkende een werknemer is al langer belang toe aan omstandigheden die duiden op zelfstandig ondernemerschap. Uit het spraakmakende arrest *FNV KIEM* uit 2014 volgt dat een echte zelfstandige ondernemersrisico loopt met betrekking tot de werkzaamheden,¹² de vrijheid heeft om tijdschema, plaats en inhoud van het werk te kiezen en niet is opgenomen in de onderneming van de werkverschaffer.¹³ Dit arrest heeft betrekking op het mededingingsrecht, maar is daartoe niet beperkt. Het Hof van Justitie verwijst naar *FNV KIEM* in andere arresten die gaan over het werknemersbegrip in het vrije verkeer en arbeidsrechtelijke richtlijnen. Zo ook in de *Yodel*-beschikking uit 2020.¹⁴ Meer specifiek overweegt het Hof in *Yodel* dat werknemerschap in de zin van de Arbeidstijdenrichtlijn niet voor de hand ligt als de betreffende werker de vrijheid heeft om (i) anderen in te schakelen, (ii) de taken al dan niet uit te voeren of een maximum te stellen, (iii) voor de concurrent te werken en (iv) zijn werktijd naar eigen inzicht in te delen waarbij het belang van de vermeende werkgever niet leidend is. Ook de Hoge Raad erkent het belang van de vrijheden die het Hof van Justitie benoemt voor de wijze waarop de werkzaamheden binnen het bedrijf van de werkverschaffer worden verricht (zie rechtsoverweging 3.3.4 en 3.3.5).¹⁵ Aan de invulling van het zelfstandig ondernemerschap geeft de Hoge Raad evenwel een uitleg die tot dusver niet in de rechtspraak van het Hof van Justitie valt terug te lezen. In de rechtspraak van het Hof van Justitie staat bij de beoordeling van de vraag of een werkende een werknemer is tot dusver steeds de betreffende ar-

beidsrelatie centraal en niet het gedrag van de werkende in het economisch verkeer.¹⁶

Laat ik vooropstellen dat de Hoge Raad in het arrest *Deliveroo* niet verplicht was aan te sluiten bij de rechtspraak van het Hof van Justitie. Art. 7:610 BW als zodanig heeft geen grondslag in het Europese recht. Dit zal evenwel wijzigen indien het richtlijnvoorstel voor platformwerkers van de Commissie wordt aangenomen, aangezien daarin een – naar het lijkt aan art. 7:610 BW gekoppeld – rechtsvermoeden voor platformwerkers is opgenomen.¹⁷ Dat hoeft niet problematisch te zijn. Het gedrag van de werkende in het economische verkeer biedt een indicatie voor het gedrag in de betreffende arbeidsrelatie. Zolang op het gedrag in het economische verkeer niet de nadruk komt te liggen in de holistische weging, acht ik de kans gering dat het Hof van Justitie deze omstandigheid als relevante omstandigheid zal afwijzen. Deze benadering sluit overigens niet alleen aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie maar ook bij de tekst van art. 7:610 BW waarin eveneens de arbeidsrelatie tussen de werkende en werkverschaffer centraal staat. Het *Deliveroo*-arrest is op deze manier toe te passen. Echter, doordat de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.2.5 vrij veel aandacht schenkt aan het gedrag van de werkenden in het economische verkeer (door daar vijf omstandigheden aan te koppelen), bestaat het risico dat in de lagere rechtspraak aan dit aspect een (te) groot gewicht wordt toegekend in de holistische weging.

3.2 Maatschappelijke positie van partijen

Uit het arrest *X/Gemeente Amsterdam* volgt dat de maatschappelijke positie onderdeel is van de uitlegfase (fase 1). Aan de hand van het Haviltex-criterium moet worden bepaald welke rechten en verplichtingen tussen partijen bestaan en een van de elementen binnen Haviltex is de maatschappelijke positie. Binnen de context van fase 1 geldt: hoe sterker de maatschappelijke positie van de werkende, hoe eerder hij aan de op schrift gestelde afspraken kan worden gehouden als de feitelijke uitvoering een ietwat (maar niet drastisch) ander beeld schetst. Na het arrest *X/Gemeente Amsterdam* wierpen Said en ik de vraag op of de maatschappelijke positie wederom ten tonele kon worden gevoerd als onderdeel van de holistische weging in de kwalificatiefase (fase 2).¹⁸ Die vraag vond haar oorsprong in het hiervoor reeds genoemde arrest *Groen/Schoevers*. Zoals bekend, was in deze casus onderdeel van de overeenkomst een afspraak over de wijze van factureren (fase 1). Voor het oordeel dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst (fase 2), hechtte de Hoge Raad

¹² In dit kader is mijns inziens relevant of de *werkende* is ingebed in de organisatie van de werkverschaffer. In het verlengde daarvan kan belang toekomen aan de organisatorische inbedding van de *arbeid* en dus de vraag of de arbeid een kernactiviteit van de werkverschaffer is. Als het gaat om een kernactiviteit van de werkverschaffer ligt het immers voor de hand dat de werkverschaffer het economisch risico van de werkzaamheden draagt. Dit element (is de arbeid een kernactiviteit van de werkverschaffer) is in Europese rechtspraak inzake het werknemersbegrip echter tot dusver niet genoemd als gezichtspunt in de beoordeling.

¹³ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411, zaak C-413/13 (*FNV KIEM*), r.o. 36. Zie over het arrest uitgebreid G.C. Boot, 'Groen Schoevers op losse Schroeven?', *ArbeidsRecht* 2015/14.

¹⁴ HvJ EU 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288, zaak C-692/19 (*Yodel*). Zie over het arrest uitgebreid J.H. Bennaars, 'Platformwerkers en Europa, nog geen einde in zicht. Een analyse van de Yodel-uitspraak', *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2020, 2.

¹⁵ Zie hierover meer uitgebreid A.R. Houweling in zijn annotatie van het arrest in AR-Updates.

¹⁶ Voor de vrijheid om voor concurrenten te werken (een van de gezichtspunten die het Hof van Justitie noemt) is weliswaar het gedrag van de werkende in het economisch verkeer relevant, maar in de formulering van het Hof ligt ook dan de focus op de afspraak tussen de werkende en de werkverschaffer en dus op de betreffende arbeidsrelatie.

¹⁷ Commissievoorstel a.w. (noot 6).

¹⁸ F.G. Laagland & S. Said, 'Rechtszekerheid en de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst: twee stappen vooruit en een klein stapje terug. Annotatie bij het arrest X/Gemeente Amsterdam', *ArA* 2021/2.

belang aan het feit dat de wijze van factureren op initiatief van Groen als fiscaal deskundige tot stand was gekomen. Met andere woorden: de maatschappelijke positie van de werkende bepaalde de zwaarte die in de holistische weging toekwam aan de afspraak tussen partijen. Na het arrest *X/Gemeente Amsterdam* was onduidelijk of de Hoge Raad deze benadering nog steeds onderschreef of dat de maatschappelijke positie nog slechts in de uitlegfase van betekenis was.

Deze onduidelijkheid is met het arrest *Deliveroo* van de baan. Dit blijkt uit rechtsoverweging 3.2.5 waar de Hoge Raad overweegt dat een van de omstandigheden in de holistische weging betreft: *'de wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen is tot stand gekomen'*. De terminologie 'wijze waarop' duidt op de invloed van partijen op de totstandkoming en inhoud van de overeenkomst. Standaardcontracten waarover onderhandelen niet mogelijk is, worden in de holistische weging aldus anders gewogen dan contracten waarop een economisch sterke werkende veel invloed heeft gehad. Hiermee is mijns inziens duidelijk dat de uitkomst van het arrest *Groen/Schoevers* anno 2023 niet anders zou zijn geweest.

In het verlengde hiervan is de laatste zinsnede van rechtsoverweging 3.2.5 interessant. De Hoge Raad overweegt: *'Het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding bij beantwoording van de vraag of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, hangt mede af van de mate waarin dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die de werkzaamheden verricht'*. Ook indien aan de contractuele bepaling een zekere uitvoering is gegeven, is de daadwerkelijke betekenis voor de partij die de werkzaamheden verricht niet evident. In de overeenkomst tussen Deliveroo en de maaltijdbezorgers was opgenomen dat de maaltijdbezorgers zich konden laten vervangen en hiervan was in de praktijk gebruikgemaakt. De Hoge Raad kent aan deze afspraak in rechtsoverweging 3.3.5 weinig gewicht toe in de holistische weging. Reden is, kort gezegd, dat de bedrijfsvoering van Deliveroo niet toestond dat de bezorgers aanleiding zouden zien hun werkzaamheden anders dan incidenteel door een ander te laten verrichten, waardoor dit een verdienmodel kon worden. Met andere woorden: de vervangingsclausule had een fictief karakter en was daarom voor de werkende van geringe betekenis. Maar hoe zit het met contractuele afspraken waaraan uitvoering kan worden gegeven, maar dat (nog) niet is gebeurd? Dat kan gaan om de afspraak tot vervanging of voor concurrenten te mogen werken, maar bijvoorbeeld ook om de afspraak om specifieke werkdrachten te weigeren of zelf te bepalen vanuit waar wordt gewerkt. Hebben deze afspraken daadwerkelijke betekenis voor de partij die de werkzaamheden verricht zoals de Hoge Raad dat formuleert in rechtsoverweging 3.2.5.? Ik sluit niet uit dat het antwoord op deze vraag mede afhangt van de maatschappelijke positie van de werkende. Als het gaat om een economisch sterke werkende op

wiens initiatief de afspraken in het contract zijn vermeld, valt – in het licht van het arrest *Deliveroo* – te betogen dat de contractuele bedingen daadwerkelijk voor de werkende van betekenis zijn, ook indien er (nog) geen uitvoering aan is gegeven. Dit geldt temeer als deze werkende zich in het economisch verkeer als zelfstandige gedraagt.

Dat de maatschappelijke positie een rol vervult in de holistische weging en dus niet alleen in fase 1 maar ook in fase 2, heeft voor- en nadelen. Een voordeel is dat een economisch sterke werkende niet eenvoudig alsnog een arbeidsovereenkomst kan claimen indien op zijn of haar initiatief afspraken zijn gemaakt die duiden op een opdrachtovereenkomst. Die gedachte lag mijns inziens aan de uitkomst van het arrest *Groen/Schoevers* ten grondslag: een werkende moet niet van twee walletjes kunnen eten. Een nadeel is dat de arbeidsovereenkomst naast de bescherming van de individuele werkende een maatschappelijk doel dient. Dit komt tot uiting in algemeen verbindend verklaarde cao's en verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, waarmee mede wordt beoogd verstoring op de arbeidsmarkt en concurrentie op arbeidsvoorwaarden tegen te gaan. Daarnaast werkt de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst door in de werknemersverzekeringen die steunen op solidariteit. Als economisch sterke werkenden zich (te) eenvoudig aan een arbeidsovereenkomst kunnen onttrekken, komen deze uitgangspunten onder druk te staan. De voor- en nadelen staan haaks op elkaar. In het *Deliveroo*-arrest maakt de Hoge Raad mijns inziens duidelijk dat aan contractuele bedingen in de holistische weging meer gewicht toekomt indien zij op initiatief van de economisch sterke werkende tot stand zijn gekomen, mits uiteraard de afspraken geen fictief karakter hebben.¹⁹

4. Naar een meer concrete uitwerking als oplossing

Binnen de holistische weging moeten alle omstandigheden van het geval in hun onderlinge verband worden bezien. De criteria loon, arbeid en zekere duur zijn vrij specifiek. Dat ligt anders voor het criterium 'in dienst van'. Dit criterium is vrij diffuus.²⁰ Een criterium zonder scherpe begrenzing biedt een antwoord op het rigiditeitsprobleem dat het arbeidsrecht anders in verband met maatschappelijke ontwikkelingen zou hebben en scheidt een aanzienlijke mate van flexibiliteit voor de rechtstoepassing. De Hoge Raad illustreert in het arrest *Deliveroo* treffend hoe de criteria van art. 7:610 BW in hun onderlinge samenhang kunnen meebewegen met de economische realiteit. Hoe strikter het criterium, hoe eenvoudiger het is om eromheen te

19 Vgl. S.S.M. Peters, 'Commissie-Borstlap en de regulering van arbeidsrelaties', *TRA* 2020/52, par. 4.4.

20 Het kabinet spreekt in de voortgangsbrief van een open norm, a.w. (noot 3), p. 2 en p. 11. Het criterium is evenwel geen open norm maar een constitutief vereiste om te kunnen spreken van een arbeidsovereenkomst. Wel is het zo dat bij de vraag wanneer sprake is van 'in dienst van' vele omstandigheden relevant kunnen zijn hetgeen de invulling van het criterium (en dus de kwalificatie van een overeenkomst) vaag en onzeker maakt.

bewegen via constructies die ten tijde van het opstellen van de regel niet vielen te voorzien.

Niet te strikt afgebakende criteria zijn dus een groot goed en verdienen bescherming, maar vormen een gevaar wanneer de concrete invulling daarvan niet eenvoudig gezocht en gevonden wordt. Dit gevaar geldt in het bijzonder voor een onderwerp zoals de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Ten eerste omdat de onzekerheid over de invulling van het criterium ‘in dienst van’ op het bordje van de werknemer ligt; het is aan de werknemer om te gaan procederen. Hij wordt daarbij weliswaar geholpen door het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW, maar aangezien het vaker gaat om onduidelijkheid van het criterium dan bewijsnood, levert het rechtsvermoeden de werkende in de praktijk weinig op.²¹ Ten tweede omdat aan de kwalificatievraag een maatschappelijk belang is gekoppeld. Het arbeidsrecht is niet voor niets dwingendrechtelijk van karakter: de regels zijn gericht op de bescherming van de onzelfstandige beroepsbevolking tegen de risico's van de moderne samenleving, op een verhoging van haar kansen tot ontplooiing en meer algemeen op een regulering en ordening van de arbeidsmarkt en het stelsel van de sociale zekerheid.²² Ten behoeve van dit tweede punt is handhaving door de Belastingdienst cruciaal. Er is veel kritiek op het handavingsmoratorium van de Belastingdienst maar het handhaven van een diffuus criterium is bepaald geen sinecure.

Er valt dus iets voor te zeggen om het criterium ‘in dienst van’ een meer concrete uitwerking te geven. Dit kan de rechter doen. A-G De Bock deed hiertoe een voorzet door de organisatorische inbedding van de arbeid als startpunt te hanteren. De Hoge Raad volgt de A-G niet en verwijst in rechtsoverweging 3.2.6. naar de ontwikkelingen op wetgevingsterrein. De Hoge Raad doelt mede op de voortgangsbrief ‘Werken als en met zelfstandige(n)’ van 16 december 2022.²³ Uit deze brief volgt dat het Nederlandse kabinet drie hoofdelementen centraal wil stellen bij de beoordeling van het criterium ‘in dienst van’. Het gaat om: (i) materieel gezag, (ii) inbedding van arbeid in het bedrijf van de werkverschaffer en (iii) zelfstandig ondernemerschap. Het plan van het kabinet heeft veel weg van de visie van A-G De Bock met dien verstande dat het kabinet materieel gezag eveneens als hoofdelement beschouwt en op gelijke voet plaatst als de organisatorische inbedding van de arbeid en het zelfstandig ondernemerschap.

De introductie van drie hoofdelementen geeft meer sturing aan de holistische weg van alle omstandigheden van het geval. Illustratief is het arrest van Hof Amsterdam inzake Deliveroo. Het Hof noemt een hele lijst aan rele-

vante omstandigheden en werkt die nauwgezet uit. Het is uiteindelijk echter onduidelijk waarom bepaalde omstandigheden ten opzichte van anderen prevaleren. Ook de Hoge Raad geeft, zoals gezegd, in zijn arrest niet aan hoe de omstandigheden uit rechtsoverweging 3.2.5 zich tot elkaar verhouden.²⁴ Dit biedt lagere rechters veel ruimte en rechtsonzekerheid en tegenstrijdige oordelen in gelijksoortige zaken. In het plan van het kabinet doen nog steeds alle omstandigheden van het geval ertoe, maar geven die omstandigheden kleuring aan drie hoofdelementen die de rechter uiteindelijk ten opzichte van elkaar moet wegen op basis van gelijkwaardigheid.

Wel acht ik essentieel welke omstandigheden onder welk hoofdelement worden gebracht. Het kabinet werkt de drie hoofdelementen momenteel uit in samenspraak met sociale partners, experts en stakeholders. Voor de uitwerking van het materieel gezag en de organisatorische inbedding van de arbeid kan het kabinet inspiratie putten uit Europese en Nederlandse rechtspraak. Ik verwacht hier weinig verrassingen. Het is vooral interessant welke keuze het kabinet maakt bij de uitwerking van het hoofdelement inzake het zelfstandig ondernemerschap. Ik leid uit de voortgangsbrief van 16 december af dat het zal gaan om werken voor eigen rekening en risico binnen de betreffende arbeidsrelatie.²⁵ Deze uitwerking sluit, zoals ik hiervoor in paragraaf 3.1 heb betoogd, aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie en de tekst van art. 7:610 BW. Het zal daarbij gaan om omstandigheden zoals het hebben van bepaalde (contractuele) vrijheden binnen de betreffende arbeidsrelatie,²⁶ het kunnen dragen van een eigen logo en het gebruikmaken van eigen bedrijfsapparatuur. Het is de vraag of het *Deliveroo*-arrest het kabinet ertoe brengt bij de uitwerking de focus te verschuiven naar het gedrag van de werkende in het economische verkeer. Ik ga hier voornog niet van uit. Aangezien het zelfstandig ondernemerschap een van slechts drie hoofdelementen wordt, zou een dergelijke uitleg namelijk onevenredig veel gewicht toekennen aan het gedrag van de werkende in het economische verkeer. Het gedrag van de werkende in het economisch verkeer kan een omstandigheid zijn die duidt op zelfstandig ondernemerschap (zie paragraaf 3.1), maar in mijn visie niet meer dan dat.

21 D.M.A. Bij de Vaate, ‘De werking van het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst nader bezien’, *TRA* 2023/29.

22 Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2022, p. 6.

23 Voortgangsbrief a.w. (noot 3).

24 Met uitzondering van het gewicht dat aan contractuele afspraken moet worden toegekend (zie hiervoor paragraaf 3.2).

25 Voortgangsbrief a.w. (noot 2), p. 2.

26 Het is ook denkbaar dat het kabinet de vrijheden plaatst binnen het hoofdelement inzake de organisatorische inbedding van de arbeid in het bedrijf van de werkverschaffer. Waar het echter gaat om contractuele afspraken die betrekking hebben op de specifieke werkende, lijkt mij deze omstandigheid beter passen bij het hoofdelement inzake het zelfstandig ondernemerschap. Het gaan dan immers om vrijheden van de werkende en niet (of minder) om vrijheden inzake de arbeid in het algemeen. Het is voornog echter onduidelijk hoe het kabinet de drie hoofdelementen qua uitwerking voor zich ziet.

5. Afronding

De holistische weging van alle omstandigheden van het geval maakt de uitkomst van de kwalificatievraag onzeker en onvoorspelbaar, maar biedt tegelijkertijd ruimte om mee te bewegen met de economische realiteit. Beide gezichten zien we terug in het arrest *Deliveroo* van de Hoge Raad. Het arrest maakt duidelijk dat de organisatorische inbedding van de arbeid in het bedrijf van de werkverschaffer, alsmede de persoon van de werkende in het economisch verkeer, relevante omstandigheden zijn. Hoe deze omstandigheden zich tot elkaar en andere omstandigheden verhouden blijft onzeker, met uitzondering van de zwaarte die toekomt aan contractuele bedingen. Het is in het kader van de rechtszekerheid toe te juichen dat het kabinet aan de holistische weging meer sturing tracht te geven door drie hoofdelementen te formuleren waarbij via de uitwerking ruimte voor maatwerk blijft bestaan. Wel is essentieel welke omstandigheden onder welk hoofdelement zullen vallen. Daarbij dient in mijn visie voorop te staan dat art. 7:610 BW zich richt op de kwalificatie van een bepaalde arbeidsrelatie en dat het hoofdelement inzake het zelfstandig ondernemerschap vanuit dat perspectief moet worden gezien.