

ANNOTATIE

Eén platform, één rechtbank, twee uitkomsten

mr. dr. J.H. Bennaars

Annotatie bij Rechtbank Amsterdam, 15-01-2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (AR-2019-0051)

Inleiding

Nederland heeft zijn eerste rechterlijke beslissingen over de arbeidsrechtelijke status van platformwerkers. Op 23 juli 2018 oordeelde de Rechtbank Amsterdam (ECLI:NL:RBAMS:2018:5183) dat een Deliveroo-bezorger opdrachtnemer is (hierna ook ‘de Ferwerda-uitspraak’). Op 15 januari 2019 oordeelde dezelfde rechtbank in meer algemene zin dat Deliveroo-bezorgers krachtens een arbeidsovereenkomst werken (hierna ook: ‘de FNV-uitspraak’, ECLI:NL:RBAMS:2019:198) en in een tweede uitspraak van dezelfde datum dat zij vallen onder de cao Beroepsgoederenvervoer over de weg. De FNV-uitspraak is zeer uitgebreid en raakt aan tal van elementen van de kwalificatievraag. Het gaat het bestek van deze annotatie te buiten om alle elementen te bespreken. De nadruk ligt op de verschillen tussen de twee uitspraken over de kwalificatie van de rechtsverhouding en ik ga vooral in op de rol van de partijbedoeling en op de verplichting (of vrijblijvendheid) arbeid te verrichten. Ik laat een nadere beschouwing over de ontvankelijkheidskwestie in de FNV-uitspraak buiten beschouwing, evenals de cao-uitspraak.

De twee uitspraken gaan over het platform Deliveroo dat zich bezighoudt met maaltijdbezorging. Sinds 2015 biedt Deliveroo een digitaal platform aan waar onafhankelijke restaurants via een bestel- en betaalsysteem worden gekoppeld aan klanten. Deliveroo biedt een maaltijdbestelsysteem, een onlinebetaalsysteem en een bezorgdienst aan restaurants aan. Voor de bezorgdienst zijn aanvankelijk bezorgers in dienst genomen op basis van bepaaldetijdcontracten. Eind 2017 is Deliveroo (gefaseerd) overgestapt naar een model waarin gewerkt wordt met zelfstandige bezorgers en niet meer met werknemers. De zelfstandige bezorgers werken op basis van een partnerovereenkomst. Er zijn verschillen tussen de eerder gehanteerde arbeidsovereenkomsten en de latere partnerovereenkomsten, zowel in de tekst als in de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden.

De uitspraken – verschillen

De uitspraken verschillen in de eerste plaats omdat in de Ferwerda-uitspraak een individuele bezorger partij was en in de FNV-uitspraak niet. Dat heeft in deze laatste zaak geleid tot een debat over de vraag of FNV wel ontvankelijk is op grond van artikel 3:305a BW. Deliveroo bepleitte dat dat niet het geval was omdat de vordering zich niet leent voor bundeling nu de belangen niet gelijksoortig zijn. De kwalificatievraag is immers een individuele beoordeling waarbij ook een rol speelt hoe in individuele gevallen de opdrachtovereenkomst is ingevuld. De rechter is van oordeel dat dit punt eerder ziet op de vraag of de vordering (verklaring voor recht) zich leent voor toewijzing, hetgeen een inhoudelijk oordeel is. Ten aanzien van de ontvankelijkheid overweegt de rechter dat FNV een eigen zelfstandig belang heeft, gelet op haar statuten en doelstellingen en dat ook belangen van anderen in het geding zijn, ook al kunnen die belangen diffuus zijn en ook al zullen wellicht niet alle bezorgers instemmen met deze collectieve actie, hetgeen ook niet vereist is. Ook het tweede argument van Deliveroo – de belangen van de vertegenwoordigde personen zijn niet voldoende gewaarborgd – gaat niet op. De kantonrechter oordeelt dat de achtergrond van dit criterium is dat voorkomen moet worden dat claimstichtingen het collectief actierecht gebruiken om hun eigen commercieel gedreven motieven na te streven en dat doet zich hier niet voor. De kantonrechter overweegt dat, als de vordering slaagt, bezorgers die dat willen aanspraak kunnen maken op een arbeidsovereenkomst, maar een geslaagde vordering leidt er niet toe dat de overeenkomsten automatisch worden omgezet. Ook de belangen van bezorgers die niet achter de actie staan zijn gewaarborgd, zo lees ik deze laatste overweging, en FNV is ontvankelijk. Vooralsnog hebben zich geen bezorgers gemeld bij Deliveroo, zo blijkt uit media-uitingen van het bedrijf.

De inhoudelijke beoordeling van de vordering begint met het oordeel dat het wel degelijk mogelijk is om een oordeel te geven over de vraag of een rechtsverhouding tussen een bedrijf en een groep van werkers moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. De kantonrechter verwijst onder meer naar de arresten HR 14 april 2006, *NJ* 2007, 447 (Beurspromovendi) en HR 12 september 2014, *JAR* 2014/260, waarin de Hoge Raad ook een oordeel geeft over de rechtsverhouding van een groep werkenden. Kortom, de vordering leent zich voor toewijzing.

Het toetsingskader, de partijbedoeling en de rol van de overeenkomst

Het eerste verschil in de inhoudelijke beoordeling dat opvalt, is de wijze waarop de kantonrechters het geschetste toetsingskader toepassen. In beide gevallen wordt de Groen/Schoeversformule (HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149) als uitgangspunt gebruikt, waarbij niet de oorspronkelijke formulering uit Groen/Schoevers wordt gehanteerd: ‘(...) wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door *hetgeen* hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven (...)’, maar de formulering die de Hoge Raad sinds het Gouden Kooi-arrest gebruikt: ‘(...) dienen niet alleen *de rechten en verplichtingen* in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht geslagen te worden op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst (...)’ (HR 25 maart 2011, *NJ* 2011, 594, r.o. 3.3.2).

Hoewel in beide uitspraken dus wordt verwezen naar de ‘rechten en verplichtingen die partijen over een weer voor ogen stonden’, wordt in de Ferwerda-uitspraak uiteindelijk vooral getoetst of partijen de intentie hadden *een arbeidsovereenkomst* aan te gaan (r.o. 12). De kantonrechter concludeert dat partijen die intentie niet hadden. Deze conclusie is niet alleen gebaseerd op de beoogde *rechten en verplichtingen* (zoals de vrijheid om al dan niet te werken, zich te laten vervangen of de werkzaamheden naar eigen inzicht en zonder toezicht uit te oefenen), maar naar het lijkt meer nog op de expliciete vermeldingen in de overeenkomst dat partijen geen arbeidsovereenkomst beogen aan te gaan. De kantonrechter betreft daarbij ook dat gebleken is dat Ferwerda zich hiervan bewust was (hij had zelf om omzetting gevraagd en zich ingeschreven in de Kamer van Koophandel) en dat niet is komen vast te staan dat Ferwerda zijn wil niet kon bepalen of niet goed wist wat hij deed.

Door de op zichzelf juist omschreven toets op deze wijze uit te voeren, heeft de kantonrechter in de Ferwerda-uitspraak het dwingendrechtelijk karakter van de definitie van de arbeidsovereenkomst miskend. Het staat niet ter vrije beschikking van partijen (de onderneming én de werker) te kiezen of een overeenkomst kwalificeert als een arbeids- of opdrachtovereenkomst (Van Slooten en Wiewel wijzen hier in hun annotatie van de Ferwerda-uitspraak ook op, *JAR* 2018/189; zie ook Verhulp in zijn annotatie bij HR 9 december 2011, *NJ* 2012, 259 over dit onderwerp). Het staat wel ter vrije beschikking van partijen om bijvoorbeeld afspraken te maken over de mate van vrijblijvendheid, de wijze van betaling en de mate waarin aanwijzingen al dan niet moeten worden opgevolgd. Dat is wat in Groen/Schoevers is bedoeld met de zinsnede dat ‘partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, *deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten*’ (r.o. 3.4, cursivering JHB).

De kantonrechter had in de Ferwerda-uitspraak kunnen volstaan met de constatering dat partijen blijkens de vastlegging van hun afspraken (samengevat) veel vrijheid en weinig verplichtingen hebben beoogd. Vervolgens moet worden getoetst of *die afspraken* en de wijze waarop daaraan feitelijk uitvoering is gegeven, maken dat de rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW moet worden gekwalificeerd. Het lijkt een subtiel onderscheid: hoe beogen partijen hun rechtsverhouding te kwalificeren en welke rechten en verplichtingen beogen partijen over en weer tot stand te brengen. Het onderscheid is echter wezenlijk voor het dwingendrechtelijk karakter van de definitie van artikel 7:610 BW.

In de FNV-uitspraak benoemt de kantonrechter dit als volgt (r.o. 22): hoewel begrip bestaat voor de behoefte aan flexibiliteit (van ondernemingen en van werkers), brengt het dwingendrechtelijk karakter van het arbeidsrecht met zich dat het niet aan partijen is te beslissen of ze van dat arbeidsrecht af willen wijken. Dat er voor een bepaalde groep geen behoefte is aan de bescherming of dat de gevolgen van het aanmerken als een arbeidsovereenkomst ongewenst en te zwaar zijn, kan geen doorslaggevende rol spelen bij de kwalificatie nu deze aspecten moeten worden geacht te zijn verwerkt in het wettelijk systeem. Als daarin verandering moet komen, dan ligt dat op de weg van de wetgever, aldus nog steeds de kantonrechter. Ook hierin onderscheidt zich de FNV-uitspraak van de Ferwerda-uitspraak. In laatstgenoemde uitspraak wordt eveneens opgemerkt dat de wetgever aan zet is, maar dan

voor het geval het ongewenst wordt geacht dat platformen als Deliveroo ‘dergelijke overeenkomsten’ aanbieden. In de FNV-uitspraak wordt de vinger iets preciezer op de zere plek gelegd: het huidige arbeidsrechtelijk en sociaalrechtelijke systeem schrijft dwingend voor wie bescherming krijgt en wie niet, daar valt niet in te kiezen. Een keuzemogelijkheid voor partijen vraagt (dus) om een systeemwijziging.

In de FNV-uitspraak staat nog een opmerkelijke passage als het gaat om de rol van de partijbedoeling. Niet alleen wordt terecht gepreciseerd dat het moet gaan om de partijbedoeling ten aanzien van de wederzijdse rechten en verplichtingen, ook overweegt de kantonrechter dat aan de schriftelijke vastlegging van die partijbedoeling meer waarde gehecht kan worden naarmate meer is onderhandeld over het contract. De kantonrechter verwijst onder meer naar Groen/Schoevers waarin de opdrachtconstructie op uitdrukkelijk verzoek van de vermeende werknemer was gekozen. In het geval van Deliveroo is sprake van niet onderhandelbare standaardcontracten, opgesteld door Deliveroo. Zeker voor de bedoeling van de bezorger kan daarom aan het schriftelijk contract geen doorslaggevende betekenis worden gehecht. Hooguit kan worden aangenomen dat deze voor het voortzetten of verkrijgen van het werk bereid is geweest aan de voorwaarden van Deliveroo te voldoen (r.o. 21). Deze benadering is niet vaak zo geëxpliciteerd, maar lijkt mij juist: het is niet zo dat in het geheel geen betekenis toekomt aan hetgeen op schrift staat, maar doorslaggevend voor de partijbedoeling kan het toch niet zijn als sprake is van eenzijdig opgelegde voorwaarden. Dit argument komt vaker voor onder verwijzing naar ‘de maatschappelijke positie’ van partijen, maar het aansluiten bij het standaardkarakter van de overeenkomst is zuiverder. Het gaat immers niet zozeer om de maatschappelijke positie van de individuen, maar ook om de (onderhandelings)positie ten opzichte van elkaar.

Interessant is dat het Hof Amsterdam in zijn uitspraak van 10 juli 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:2384, Krantenbezorgers/Persgroep AR-Updates 2018-0829, *JAR* 2018/198, m.nt. Said) ook heeft overwogen dat de krantenbezorgers waarschijnlijk gewoon werk wilden (net als de Deliveroo-bezorgers), maar met een omgekeerde uitkomst. Het hof acht het aannemelijk dat de bezorgers vooral voor ogen stond dat zij betaald werk zochten en dat ze weinig belang hebben gehecht aan de aard van de rechtsverhouding die zij aangingen. Ook is aannemelijk dat zij achteraf gezien de voorkeur zouden hebben gegeven aan een arbeidsovereenkomst. Toch oordeelt het hof dat het de bedoeling van partijen was een arbeidsovereenkomst te sluiten omdat nergens uit is gebleken dat de krantenbezorgers destijds niet voor ogen stond een arbeidsovereenkomst te sluiten. De benadering van het Hof Amsterdam lijkt meer op de benadering van de kantonrechter in de Ferwerda-uitspraak en is mijns inziens onjuist (zie ook S. Said in haar annotatie onder de hof-uitspraak). Nu Deliveroo heeft aangekondigd in hoger beroep te gaan, zal het Hof Amsterdam zich opnieuw moeten buigen over de rol van standaardovereenkomsten en over de toetsingsmaatstaf uit Groen/Schoevers (zoals door de Hoge Raad enigszins geherformuleerd in het Gouden Kooi-arrest).

Samengevat: in de FNV-uitspraak wordt de rol van de partijbedoeling beperkt doordat de rechter alleen de bedoeling van partijen met betrekking tot de rechten en verplichtingen toetst

en daaraan ook nog eens geen doorslaggevende betekenis toekent nu sprake is van een standaardcontract. In de Ferwerda-uitspraak wordt ook gekeken naar de partijbedoeling ten aanzien van de kwalificatie van de rechtsverhouding en speelt het standaardkarakter van het contract geen rol.

De uiteindelijke kwalificatie

In de uiteindelijke beoordeling na het bespreken van de partijbedoeling worden de volgende elementen behandeld:

(1) verplichting om arbeid te verrichten (FNV-uitspraak r.o. 27-37) / inroostering en toekennen bezorgingen (Ferwerda-uitspraak r.o. 14 -19 en 30);(2) mogelijkheid vervanging (FNV-uitspraak r.o. 38-40) / vervanging en persoonlijke arbeidsrelatie (Ferwerda-uitspraak r.o. 22-24);(3) beloning (FNV-uitspraak r.o. 41-44) / administratie en tarieven (Ferwerda-uitspraak r.o. 25-28);(4) materialen (FNV-uitspraak r.o. 46-47) / kleding (Ferwerda-uitspraak r.o. 20);(5) overige rechten en verplichtingen (FNV-uitspraak r.o. 48-51)/ veiligheidsregels (Ferwerda-uitspraak r.o. 21);(6) inschrijving Kamer van Koophandel (FNV-uitspraak r.o. 45 en Ferwerda-uitspraak r.o. 12);(7) zelfstandigheid in uitoefening van beroep en bedrijf (FNV-uitspraak 52-53);(8) het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW (alleen Ferwerda-uitspraak r.o. 8).

(1) De verplichting om arbeid te verrichten

De verplichting om arbeid te verrichten vloeit voort uit de formulering van artikel 7:610 BW: de werknemer *verbindt* zich arbeid te verrichten. Een (te) grote mate van vrijblijvendheid om al dan niet te werken verdraagt zich niet goed met het karakter van de arbeidsovereenkomst. In beide uitspraken is vastgesteld dat na de overgang van arbeidsovereenkomsten naar opdrachtovereenkomsten de verplichtingen in het contract met betrekking tot het verrichten van werk (sterk) zijn gewijzigd. Toen nog werd gewerkt met arbeidsovereenkomsten was de bezorger verplicht zich voor bepaalde periodes op te geven voor arbeid (één weekendshift en één avondshift per week) en gedurende de ingeroosterde diensten beschikbaar te zijn en geen opdrachten te weigeren, dit alles op straffe van een ontslag op staande voet. In de nieuwe situatie ontstaat er pas een verplichting tot het verrichten van arbeid als de bezorging door de bezorger is geaccepteerd en door Deliveroo is toegewezen. Reserveren van een tijdvak mag, maar hoeft niet. In een door de bezorger gereserveerd tijdvak hoeft niet te worden ingelogd, mag later worden ingelogd of eerder uitgelogd en een bestelling hoeft door de bezorger niet te worden geaccepteerd. Toewijzing van bezorgingen gaat via een algoritme dat de dichtstbijzijnde bezorger kiest.

In de Ferwerda-uitspraak wordt geoordeeld dat dit dermate verschilt van de wijze waarop partijen met elkaar werkten toen er nog een arbeidsovereenkomst was, dat het een aanwijzing is dat sprake is van een opdrachtovereenkomst. Eveneens is geoordeeld dat het inrooster- en toewijssysteem (dat in die uitspraak voornamelijk wordt beoordeeld in het kader van het gezagscriterium) er weliswaar toe kan leiden dat bezorgers die goed presteren 'priority access' krijgen bij het reserveren van de shifts, maar dat dat onvoldoende is om van een

rankingsysteem te spreken en dat dit systeem onvoldoende gebruikt wordt om te kunnen spreken van (een vorm van) gezag.

De kantonrechter in de FNV-uitspraak oordeelt anders en komt tot de conclusie dat van een algehele vrijheid zoals uit de afspraken lijkt voort te vloeien, in feite geen sprake kan zijn indien de bezorger (voldoende) inkomen wil genereren. De kantonrechter overweegt hiertoe onder meer dat (1) het bedrijfsmodel van Deliveroo meebrengt dat altijd iemand beschikbaar moet zijn, (2) bezorger en Deliveroo gebaat zijn bij snelle bezorging en (3) het niet voor de hand ligt dat de bezorger voor een incidentele bezorging de overeenkomst aangaat (gelet op de kosten van inschrijving bij de Kamer van Koophandel en het aan te schaffen materiaal in vergelijking met de opbrengsten per bezorging). Ook het inroostersysteem en de toewijzing via het algoritme dragen bij aan een zekere verplichting om beschikbaar te zijn. Het toewijzen van de bezorging aan de dichtstbijzijnde bezorger impliceert dat deze zich in de buurt van het restaurant moet bevinden, het vooruitboeken van shifts heeft voordelen en het reserveren van shifts is de methode om zo veel mogelijk kans te maken op een bestelling, waarbij het roostersysteem de mogelijkheid biedt om de beschikbaarheid van bezorgers bij te sturen. De rechter overweegt dat ter zitting geen concreet antwoord is gegeven op de vraag of dat laatste ook daadwerkelijk (nog) gebeurt, maar stelt vast dat de mogelijkheid bestaat en dat er een maximumaantal bezorgers is dat zich kan inschrijven voor een shift. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid die Deliveroo heeft om haar conclusies te trekken uit weigeringen van de bezorger om bezorgingen te accepteren en uit de beoordeling van de bezorgprestatie. Het wegvallen van de ontslag op staande voet-sanctie vindt de kantonrechter geen wezenlijk verschil gelet op de eenvoudige manier waarop de overeenkomst beëindigd kan worden en de mogelijkheid om geen bestellingen meer toe te wijzen.

Al met al concludeert de rechter dat de vrijheid om niet te werken aanzienlijk minder groot is dan het contract suggereert. Dit onderdeel van de FNV-uitspraak geeft aanleiding tot twee opmerkingen.

Parallel met Uber-zaak Hof van Justitie EU

In de eerste plaats doet de wijze waarop de kantonrechter in de FNV-uitspraak dit element toetst denken aan de conclusie van A-G Szpunar bij de Elite Taxi/Uber-uitspraak van het Hof van Justitie EU (20 december 2017, C-434/15). In deze zaak ging het niet om de vraag of sprake was van een arbeidsovereenkomst, maar om de vraag of Uber een technologiebedrijf of een taxibedrijf is. A-G Szpunar ging in zijn conclusie ook in op de vraag of Uber louter een bemiddelende rol speelde of eerder een opdrachtgever/werkgever was. Zonder zich over het onderscheid werknemer-opdrachtnemer uit te spreken, concludeerde Szpunar dat Uber zeker meer doet dan alleen bemiddelen: de werkwijze organiseren, voorwaarden aan het uitvoeren van de activiteit, het (financieel) belonen van meer ritten, chauffeurs 'dirigeren' naar plekken waar veel ritten zijn, beoordelingsmogelijkheden en sancties, prijsstelling enzovoort. In randnummer 52 constateert Szpunar dat de controlemechanismen van Uber misschien nog wel effectiever zijn dan de klassieke controle die door de werkgever wordt uitgeoefend.

De analyse van de kantonrechter in de FNV-uitspraak lijkt ook op deze manier naar de feitelijke werkwijze te kijken: op papier bestaat geen verplichting, maar alles is erop gericht om bezorgers zo veel mogelijk te laten werken op de momenten die ertoe doen. Zij bespreekt dit weliswaar in het kader van de verplichting om arbeid te verrichten en niet in het kader van het gezagscriterium, maar de wijze waarop zij indirectere beïnvloeding een rol geeft, zou ook kunnen worden toegepast op het gezagscriterium. Of de uiteindelijke conclusie nu zou moeten zijn dat er wel of geen verplichting tot het verrichten van arbeid is, vind ik minder interessant dan de weg ernaartoe. De wijze waarop een onderneming degenen die voor haar werken kan aansturen, heeft al een ontwikkeling doorgemaakt van de vrij eendimensionale instructiebevoegdheid, naar het formele en materiële gezagscriterium en de verschillende gezichtspunten daarbinnen.

Oog hebben voor andere wijze van sturing, door bepaald gedrag te belonen, maar ook bijvoorbeeld door gamification en het 'Netflix-effect', is een volgende stap en hoort meegewogen te worden in de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Met het Netflix-effect doel ik op (een onderdeel van) de werkwijze van Uber, die de chauffeur al een nieuwe rit aanbiedt voordat de lopende rit is afgelopen, wat uitnodigt tot blijven rijden. Gamification is een manier waarop platformen de app in kunnen richten: het wordt een sport om zo veel mogelijk taken te verrichten teneinde een bonus, een voorkeurspositie of een 'next level' te bereiken. Voor de goede orde: deze elementen waren niet aan de orde in deze uitspraak over dit specifieke platform. De rechter heeft zich beperkt tot de effecten van het rooster- en toewijzingssysteem ten aanzien van de verplichting om te werken. Mijn stelling is evenmin dat dit soort elementen in platformapps *dus* tot de conclusie moet leiden dat het platform gezag uitoefent of werkers tot arbeid verplicht, op andere wijze dan contractueel vastgelegd. Mijn stelling is wel dat deze elementen niet buiten beschouwing moeten worden gelaten omdat zij op het eerste gezicht misschien niet passen bij het traditionele beeld dat bestaat bij aansturing.

Raamovereenkomst als arbeidsovereenkomst

Een tweede opmerking ziet op een bijna terloopse opmerking van de kantonrechter in r.o. 28: nu pas een verplichting tot bezorging ontstaat als de bezorging is toegewezen en door de bezorger geaccepteerd, is in wezen sprake van een raamcontract met een uitgestelde prestatieplicht. Of dan in de uitspraak de uiteindelijk verrichte prestatie wordt gekwalificeerd of de raamovereenkomst, wordt niet expliciet gemaakt. De uiteindelijk toegewezen verklaring voor recht inhoudende dat 'de tussen Deliveroo en haar bezorgers verklaarde rechtsverhouding, in afwijking van het schriftelijke contract, (nog steeds) is aan te merken als een arbeidsovereenkomst' duidt erop dat de raamovereenkomst wordt gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst. Laagland en Kloostera hebben in een recente bijdrage in *Ondernemingsrecht* uiteengezet dat dit in de Nederlandse rechtspraak niet gebruikelijk is, maar wel past bij het Europese werknemersbegrip (F.G. Laagland & J. Kloostera, 'De Engelse tussencategorie als oplossing voor platformwerk: mythe of werkelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2019/7). De consequentie van de conclusie dat het raamcontract een arbeidsovereenkomst is, is dat de regels met betrekking tot de oproepovereenkomst (zoals binnenkort aangescherpt

door de Wet arbeidsmarkt in balans) van toepassing zijn. Dit lijkt zich niet goed te verdragen met het bedrijfsmodel van Deliveroo en de (kennelijke) wens van bezorgers, bijvoorbeeld als het gaat om artikel 7:628a BW (uitbetaling van 3 uur, ook bij een kortere oproep). Meer in het algemeen leidt de kwalificatie van de raamovereenkomst tot arbeidsovereenkomst ertoe dat een kenmerkend element van platformwerk, het ter beschikking hebben van een grote pool aan werkers die voor wachttijd niet worden betaald, minder goed uit de verf komt gelet op de regels over oproepovereenkomsten. Aan de kant van de werkers stuit dit ook op bezwaren omdat zij – kennelijk – werkblokken van 3 uur te lang vinden en juist worden aangetrokken door de mogelijkheid korter te werken (wat overigens op grond van art. 7:628a BW ook kan, dat artikel verplicht slechts onder omstandigheden te betalen voor minimaal 3 uur ongeacht de duur van de oproep).

Samengevat: in de Ferwerda-uitspraak oordeelt de kantonrechter dat de bezorger een grote mate van vrijheid heeft om niet te werken, hetgeen zich niet goed verdraagt met een arbeidsovereenkomst. In de FNV-uitspraak oordeelt de kantonrechter dat die vrijheid op papier wel bestaat, maar in de feitelijke uitvoering minder sterk naar voren komt omdat zowel het bedrijfsmodel als de rooster- en toewijzingssystemen juist wel sturend zijn.

(2) De verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten versus de mogelijkheid zich te laten vervangen

Artikel 7:659 BW bepaalt dat de werknemer verplicht is de arbeid zelf te verrichten en zich alleen met toestemming van de werkgever door een derde kan laten vervangen. Omgekeerd geredeneerd: een overeenkomst waarbij iemand zich vrij kan laten vervangen, zal niet snel als een arbeidsovereenkomst worden beschouwd. Ook een opdrachtovereenkomst kan aangaan zijn met het oog op een bepaald persoon en ook in dat geval is de opdrachtnemer gehouden de opdracht zelf uit te voeren (art. 7:404 BW). In de FNV-uitspraak wordt terecht overwogen dat hierdoor geen sprake is van een onderscheidend criterium.

De vrije vervanging is een intrigerend criterium waaraan in de lagere rechtspraak vaak veel waarde wordt toegekend (zie S. Said, 'Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!', ARA 2017 nr. 1 die uitgebreid ingaat op het criterium en de herkomst daarvan). Intrigerend omdat het criterium soms vermengd lijkt te worden met het element 'ondernemerschap' dat in de holistische weging ook aan de orde komt, maar geen plek heeft in de definitie van de arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst. Leidt de vrije vervangbaarheid ertoe dat een werker met zijn opdrachten andere werkers aan de slag kan houden (en daar ook nog iets aan over kan houden), dan zit daar een element van ondernemerschap in en ligt een opdrachtovereenkomst voor de hand. In de FNV-uitspraak lijkt de kantonrechter daarop te doelen in r.o. 55 waarin wordt overwogen dat het niet ondenkbaar is dat in de praktijk bezorgers toch mogelijkheden vinden om het werk om te zetten in een bedrijfsuitoefening waardoor het karakter van een overeenkomst van opdracht wel gaat overheersen. Dit lijkt een verwijzing naar die PostNL-zaken waarin geoordeeld werd dat de pakketbezorger een opdrachtnemer was, mede omdat hij zoveel werk aannam dat hij daarmee anderen aan het werk kon houden en in feite een 'businessmodel' had gecreëerd (zie bijvoorbeeld Hof

Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686)

Een ander intrigerend element is dat ‘wezen voor schijn’ bij de vrije vervangbaarheid niet altijd op lijkt te gaan. Als het overeengekomen is, dan is het niet relevant of de werker zich ook daadwerkelijk laat vervangen (HR 21 maart 1969, *NJ* 1969, 321 en HR 9 december 2011, *NJ* 2012, 259 m.nt. E. Verhulp). Een opmerkelijke anomalie in het arbeidsrecht waar de feitelijke situatie toch meestal doorslaggevend is, waarop ook wel kritiek is (zie bijvoorbeeld het rapport van de Commissie (model)overeenkomsten in het kader van de Wet DBA). In de Ferwerda-uitspraak overweegt de kantonrechter hierover niet veel meer dan dat het feit dat Deliveroo objectieve eisen stelt aan de vervangers (vaardigheden) nog niet maakt dat sprake is van een dode letter. In de FNV-uitspraak gooit de kantonrechter het over een andere boeg. De kantonrechter overweegt dat weliswaar is opgenomen in het contract dat vervanging zonder toestemming van Deliveroo mag, maar dat de vervanger Deliveroo wel zijn legitimatiebewijs en het bewijs om in Nederland te mogen werken toont. De vervanging mag dus alleen als de vervanger zich heeft bekendgemaakt aan Deliveroo, hetgeen gezien kan worden als toestemming in de zin van artikel 7:659 BW. Verder overweegt de kantonrechter dat de mogelijkheid zich te laten vervangen in feite inhoudsloos is omdat niet goed valt in te zien wanneer dit voor de bezorger nuttig, wenselijk of handig kan zijn (zo begrijp ik r.o. 38 en 39). Vervanging na toewijzing en acceptatie van een bezorging lijkt gelet op de korte tijd waarbinnen moet worden bezorgd niet zinvol en vrijwel onmogelijk. Vervanging voor een sessie waarop vooraf is ingeschreven zou wel kunnen. Daarover overweegt de kantonrechter dat de behoefte aan vervanging alleen te verklaren als afmelding nadelig is (door daling ranking of door verlies bonusmogelijkheden), hetgeen zou duiden op een gezagsverhouding. Hetzelfde geldt voor de invloed die Deliveroo heeft op de vervanger: aan de vervanger worden dezelfde eisen gesteld als aan de bezorger en de vervanger werkt volgens dezelfde systemen. De link die de kantonrechter legt met de gezagsverhouding vind ik moeilijker te volgen dan de initiële redenering dat de mogelijkheid in feite inhoudsloos is en dat eigenlijk sprake is van vervanging met toestemming. Aan het einde van r.o. 40 wordt ook nog overwogen dat de ruime vervangingsmogelijkheden gelet op de omstandigheden (deels inhoudsloos, deels vervanger onderworpen aan hetzelfde gezag) niet in de weg staan aan het aannemen van een gezagsverhouding. Dat lijken mij eerder twee onderscheiden elementen.

Samengevat: in de Ferwerda-uitspraak draagt de vrije vervangingsmogelijkheid bij aan het oordeel dat sprake is van een opdrachtovereenkomst. In de FNV-uitspraak nuanceert de kantonrechter de contractuele vrijheid, niet door te kijken naar de feitelijke uitvoering, maar naar de vraag of vervanging een reële mogelijkheid is – los van de vraag of feitelijk daadwerkelijk wordt vervangen. Daarnaast beschouwt de kantonrechter de verplichting om zich bekend te maken als ‘toestemming’ in de zin van artikel 7:659 BW. De verbinding die wordt gelegd met het gezagscriterium is mijns inziens minder gelukkig. Het is wel de vraag of de waarde die doorgaans wordt toegekend aan de vrije vervanging/de verplichting persoonlijk arbeid te verrichten bij de kwalificatie niet wat overschat is gelet op de mogelijkheid om dit binnen de arbeidsovereenkomst in zekere mate weg te contracteren.

(3) - (5) *Materiaal, beloning/tarieven, overige rechten en plichten*

De holistische weging van alle omstandigheden van het geval toont de casuïstische benadering: beide kantonrechters komen steeds tot tegengestelde conclusies. In de Ferwerda-uitspraak weegt bij het oordeel dat sprake is van een opdrachtovereenkomst mee dat de bezorgers voor hun eigen materiaal moeten zorgen en dat zij ook voor concurrerende ondernemingen mogen werken. In de FNV-uitspraak overweegt de kantonrechter dat het grootste deel van het materiaal (met uitzondering van de maaltijdbbox) ook in het dagelijks leven gebruikelijk is, zoals een smartphone en een fiets (die de bezorgers overigens ook al toen zij op basis van een arbeidsovereenkomst werkten zelf moesten aanschaffen). Deze veranderingen ten opzichte van de eerdere situatie is niet zodanig dat daardoor een verandering in de gezagsverhouding is opgetreden. Een vergelijkbare tegenstelling is te vinden in de overwegingen over concurrentie: in de Ferwerda-uitspraak draagt dat bij aan het opdracht karakter, in de FNV-uitspraak wijst de kantonrechter erop dat ook als sprake is van een arbeidsovereenkomst (zeker een kleine arbeidsovereenkomst) werken voor andere vergelijkbare bedrijven toegestaan kan zijn.

Ook ten aanzien van de beloning staan de kantonrechters lijnrecht tegenover elkaar: in de Ferwerda-uitspraak wordt overwogen dat onbetwist is dat Ferwerda meer verdiende per uur als opdrachtnemer dan als werknemer, hetgeen (kennelijk) bijdraagt aan de conclusie dat sprake is van een opdrachtovereenkomst. In de FNV-uitspraak overweegt de kantonrechter dat weliswaar meer wordt verdiend, maar dat dat niet zoveel meer is dat daarin een aanwijzing ligt dat het geen loon in de zin van artikel 7:610 BW is. De laatste rechter betreft dit gegeven dus in de beoordeling van het element 'loon' en niet zozeer als extra element in de holistische weging.

Ten slotte zijn de uitspraken ook tegengesteld als het gaat om de instructieverplichtingen. In de FNV-uitspraak wordt geoordeeld dat de aanwijzingsbevoegdheid tamelijk ruim is, zeker gelet op het standaardkarakter van het werk, en niet veel verschilt van de situatie waarin onder een arbeidsovereenkomst werd gewerkt. De kantonrechter in de Ferwerda-uitspraak vindt dat het regels zijn die ook in het kader van een opdrachtovereenkomst kunnen worden gesteld, nu ze met name op de veiligheid zien.

(6) Inschrijving Kamer van Koophandel

In de FNV-uitspraak overweegt de kantonrechter dat in zijn algemeenheid aan een inschrijving in de Kamer van Koophandel een belangrijke betekenis toekomt, maar dat dat in dit geval niet zo is. Het is namelijk een verplichting die is opgelegd in de partnerovereenkomst en zonder de inschrijving kan het werk niet worden verricht. Onbetwist is dat bezorgers het werken voor Deliveroo soms expliciet als doelomschrijving hebben opgenomen en zeer weinig bezorgers al ingeschreven waren toen ze voor Deliveroo gingen werken. Dus alleen als andere indicatoren ook in de richting wijzen dat sprake is van de uitoefening van een bedrijf, komt hieraan betekenis toe, aldus de kantonrechter. In de Ferwerda-uitspraak betreft de kantonrechter de inschrijving in de Kamer van Koophandel en het aanvragen van een btw-nummer bij het duiden van de partijbedoeling: het zijn aanwijzingen dat de bezorger zich ervan bewust was dat hij als zelfstandig ondernemer voor Deliveroo zou gaan werken.

(7) Zelfstandigheid (alleen FNV-uitspraak)

De zelfstandigheid waarop in het contract veel nadruk is gelegd, overtuigt de kantonrechter in de FNV-uitspraak niet. Niet is gebleken dat de bezorgers zich richting klant of restaurant presenteren als zelfstandige met een eigen bedrijf of dat sprake is van een onderhandelingspositie van de individuele bezorger.

(8) Het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW (alleen Ferwerda-uitspraak)

In de Ferwerda-uitspraak is het beroep van de bezorger op het (weerlegbare) rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW verworpen omdat de bezorger in de relevante referteperiode niet gemiddeld 20 uur per week heeft gewerkt. De kantonrechter overweegt ook dat artikel 7:610a BW is geschreven voor gevallen dat geen of onduidelijke afspraken omtrent de arbeidsverhouding zijn gemaakt (r.o. 8). Dat het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW de bezorger hier niet helpt, verbaast niet nu in de relevante maanden niet wekelijks, dan wel gemiddeld 20 uur per maand, is gewerkt. De overweging van de rechtbank dat het artikel is geschreven voor het geval geen of onduidelijke afspraken zijn gemaakt, roept wat meer vragen op. Artikel 7:610a BW zelf stelt die eis niet. De parlementaire geschiedenis is genuanceerder dan de rechtsoverweging doet vermoeden. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het artikel is geschreven voor situaties waarin onduidelijkheid bestaat over de aard van de relatie. ‘Met name kan dat het geval zijn wanneer over bepaalde elementen uit de arbeidsverhouding geen of geen duidelijke afspraken worden gemaakt, of wanneer de praktijk niet spoort met de eerder gemaakte afspraken’ (Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 4, cursivering JHB). Het rechtsvermoeden kan dus ook de bewijspositie van de werknemer versterken als de afspraken duidelijk zijn, maar niet de feitelijke situatie weergeven. Bovendien is niet uitgesloten dat ook in andere situaties het bewijsvermoeden wel degelijk een rol kan spelen (‘met name’). Nu in ieder geval niet aan de voorwaarden van artikel 7:610a BW is voldaan, had mijns inziens deze overweging beter achterwege kunnen worden gelaten.

Beschouwing verschillen

Het is een gegeven dat vergelijkbare zaken in rechte verschillend kunnen uitpakken. Dat geldt in zijn algemeenheid, maar zeker bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, juist vanwege de ‘alle omstandigheden van het geval’-benadering. Nu sprake is van hetzelfde platform en dezelfde rechtbank is de vraag ‘welke uitspraak is juist?’ wel heel pregnant. Op rechtspraak.nl wordt de volgende toelichting gegeven bij de FNV-uitspraak: ‘In een eerdere zaak vorig jaar, tussen een bezorger en Deliveroo, oordeelde de kantonrechter vooral op basis van de schriftelijke overeenkomst tussen de partijen dat de bezorger niet in loondienst van het bedrijf was. Het uitgangspunt van die beslissing was echter anders dan die van de uitspraak van vandaag: in deze zaak is de tekst van de schriftelijke overeenkomst wel meegenomen in het oordeel, maar is daarnaast meer diepgaand gekeken naar hoe partijen aan de overeenkomst in de praktijk invulling hebben gegeven.’

Het is opvallend dat juist in de procedure waar geen individuele bezorger partij is, meer aandacht is besteed aan de feitelijke invulling van de werkzaamheden in de praktijk. Dat

maakt mijns inziens dat de FNV-uitspraak overtuigender is. De rechtbank legt het juiste toetsingskader aan als het gaat om de partijbedoeling en het dwingendrechtelijk karakter van de arbeidsovereenkomst (de Ferwerda-uitspraak is op dat punt echt onjuist) en maakt werk van de feitelijk invulling van de rechten en verplichtingen. In de uitspraak wordt overigens expliciet benoemd dat niet uitgesloten is dat bezorgers het werk invullen op een wijze die maakt dat het opdracht karakter wel gaat overheersen. Die mogelijkheid raakt aan een ingewikkeld element van de kwalificatiediscussie: voor ondernemingen wordt de rechtszekerheid niet vergroot als het van het handelen van de werker afhangt of sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet. Anderzijds is dit nu eenmaal de consequentie van het open en fijnmazige bestaande systeem. In de driedeling die in het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' uit 2017 is gemaakt, poogt de coalitie de rechtszekerheid te vergroten door het introduceren van drie categorieën zelfstandigen aan de hand van de tarieven. Het is daarbij de bedoeling dat bij lage tarieven in combinatie met een langere duur van de overeenkomst of het verrichten van reguliere bedrijfsactiviteiten altijd sprake is van een arbeidsovereenkomst. Er is al het nodige geschreven over de problemen die een dergelijke afbakening met zich mee kan brengen (bijvoorbeeld nieuwe grensgevallen en wellicht problemen met het Europese vrij verkeer van diensten). Het referentiekader van de FNV-uitspraak lijkt hier wel enigszins bij aan te sluiten.

In de FNV-uitspraak expliciteert de kantonrechter op verschillende plaatsen een aantal elementen die dat referentiekader vormen: het gaat om werk dat tot de kern van het bedrijf van Deliveroo behoort (r.o. 25) en het gaat om werk dat aanvankelijk op basis van een arbeidsovereenkomst werd verricht en nu op basis van een opdrachtovereenkomst (r.o. 20). Ook overweegt de kantonrechter, bij het beoordelen van de ontvankelijkheid, dat de kwalificatievraag niet alleen een grote groep werkenden raakt, maar ook een algemeen belang dient. Er wordt immers arbeid waarvoor sociale lasten moeten worden afgedragen omgezet naar arbeid waarvoor dat niet het geval is (r.o. 13). Uitgaande van dit referentiekader is het begrijpelijk dat de onderneming goede argumenten moet hebben om te kunnen aantonen wat nu zó anders is geworden dat gesproken kan worden van een opdrachtovereenkomst.

Uit beide uitspraken blijkt dat het toetsingskader van artikel 7:610 BW zich leent voor het kwalificeren van nieuwe vormen van arbeid zoals platformarbeid. Net als bij traditionele arbeid kunnen beide resultaten worden bereikt. Vernieuwend aan de FNV-uitspraak is het meewegen van prikkels en stimulansen uit de systemen (een kenmerk van platformwerk) in de beoordeling van de vraag of sprake is van verplichte arbeid. Door ook impliciete sturing op 'aanwezigheid' mee te wegen, opent de kantonrechter de weg om ook impliciete aanwijzingen mee te nemen in het gezagscriterium.

Ik ben mij ervan bewust dat dit, zoals zoveel aspecten van de kwalificatievraag, een hellend vlak is. Iedere opdrachtnemer (zzp'er, zmp'er, grote onderneming) is immers gebaat bij het ter wille zijn van opdrachtgevers en bij het zo goed mogelijk presteren om weer een volgende opdracht te verkrijgen, of een bestendige relatie te behouden (denk aan advocatenkantoren en hun vaste cliënten, of aan het kleine aannemersbedrijf dat veel opdrachten van een grote projectontwikkelaar krijgt). Waarom zou het institutionaliseren van die prikkel via systemen

en algoritmes dan moeten leiden tot de conclusie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst? Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid om te concurreren. Er iets voor te zeggen dat het ten tijde van het dienstverband beconcurreren van de eigen werkgever altijd in strijd is met artikel 7:611 BW, toch lijkt die soep minder heet gegeten te worden als sprake is van laaggeschoold, inwisselbaar werk dat ook nog voornamelijk (kennelijk) als bijverdienste wordt uitgevoerd. Omgekeerd wordt soms door klanten ook van grote, professionele opdrachtnemers verwacht dat zij niet ook voor de concurrent werken. Het is een dooddoener, maar uiteindelijk gaat het om het totaalbeeld, waarbij de verschillende elementen met elkaar samenhangen.

Het op steeds grotere schaal invullen van de factor arbeid met zelfstandigen die niet altijd per definitie kwalificeren als echte ondernemers, zet druk op het bestaande dwingendrechtelijke systeem. Betoogd kan worden dat dit dwingendrechtelijk kwalificeren betuttelend is, en dat de nieuwe en steeds pregnantere wensen van ondernemingen en werkers met betrekking tot flexibiliteit moeten worden gehonoreerd. Als dat betoog wordt gevolgd, dan zal dat via een systeemwijziging moeten zoals de kantonrechter overweegt. Daarbij moet wel worden bedacht dat een vrije keuzemogelijkheid om binnen of buiten de bescherming van het arbeidsrecht en de sociale zekerheid te werken ook gevolgen heeft voor de vraag wie de kosten draagt voor risico's zoals arbeidsongeschiktheid en onvrijwillige werkloosheid. Als die vrij kiezende werkers en ondernemingen die risico's niet kunnen of niet willen dragen dan wel verzekeren, dan zullen dat – uiteindelijk – kosten worden die toch ten laste van de maatschappij komen, maar dan niet meer via de georganiseerde solidariteit die is opgehangen aan de arbeidsovereenkomst. In dit licht is de in het regeerakkoord gekozen afbakening, ondanks alle haken en ogen, begrijpelijk.

Mr. dr. J.H. (Hanneke) Bennaars