

ANNOTATIE

Deliver-hoe of Deliver-moe? Het kwalificeren van arbeidsovereenkomst na Deliveroo

prof. mr. dr. A.R. Houweling

Annotatie bij Hoge Raad, 24-03-2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (AR-2023-0400)

1 Inleiding

Het *Deliveroo*-arrest^[1] heeft heel wat pennen in beweging gebracht. Iets na 10.30 uur ontplofte de socials met eerste duidingen van deze langverwachte uitspraak van de Hoge Raad. Het arrest zou eerst als een kerstgeschenk op 23 december verschijnen. Toen duidelijk werd dat die datum niet zou worden gehaald, werd de hoop gevestigd op een vervroegde Valentijnsboodschap van 10 februari. Opnieuw werd het geduld van arbeidsrechtelijk Nederland op de proef gesteld toen ook die datum niet werd gehaald. Uiteindelijk was het dan zover op vrijdag 24 maart jl. Cynische ontvangers zouden het arrest kunnen platslaan met de volgende samenvatting: Deliveroo-riders zijn werknemers en dat beoordeel je aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Punt. Ik denk dat we deze groep onder de noemer 'Deliver-moe' kunnen scharen. Al die opwindning over een arrest geeft wellicht per definitie een anticlimax. Er dan ook nog eens zoveel aandacht aan schenken, maakt ons wat 'moe'. En hoewel zij voor een groot deel gelijk hebben, denk ik dat er meer te vinden is in het arrest. Sterker, volgens mij neemt de Hoge Raad duidelijk stelling, ook al zegt hij dat hem, gezien de ontwikkelingen bij de (Europese) wetgever, bescheidenheid past. In deze AR-annotatie bespreek ik daarom het arrest vanuit het perspectief *Deliver-hoe*: wat staat er precies en hoe passen verschillende overwegingen van de Hoge Raad in het juridisch kader van artikel 7:610 BW en zijn eerdere rechtspraak?

2 Alle omstandigheden van het geval: tien gezichtspunten van de Hoge Raad

In rechtsoverwegingen 3.2.2-3.2.4 parafraseert de Hoge Raad het arrest *X/Gemeente Amsterdam*.^[2] Na een weergave van de vereisten van artikel 7:610 Burgerlijk Wetboek (BW) (arbeid, loon, gezag en gedurende zekere tijd) volgt het onderscheid tussen de uitleg- en kwalificatiefase, zoals we die sinds *X/Gemeente Amsterdam* (welhaast plichtmatig) teruglezen

in de literatuur en rechtspraak.[3]

2.1 Gezichtspunten

Onmiddellijk daarna vervolgt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.2.5 met '[o]f een overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst, hangt af van alle omstandigheden van het geval in onderling verband bezien'. Daarmee maakt de Hoge Raad duidelijk dat de holistische toets van *Groen/Schoevers*[4] nog altijd springlevend is en de kwalificatietoetsing niet is gereduceerd tot een klinische optelsom van vier voorwaarden uit artikel 7:610 BW waarbij de hoedanigheid en bedoeling van partijen geen enkele rol meer zou mogen spelen, zoals door sommigen uit *X/Gemeente Amsterdam* werd afgeleid.[5]

De Hoge Raad formuleert vervolgens tien (uiteraard niet-limitatieve) gezichtspunten. Te weten:

- (1) de aard en duur van de werkzaamheden;
- (2) de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald;
- (3) de inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht;
- (4) het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren;
- (5) de wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen tot stand is gekomen;
- (6) de wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd;
- (7) de hoogte van deze beloningen;
- (8) en de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt.
- (9) Ook kan van belang zijn of degene die de werkzaamheden verricht zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen, bijvoorbeeld bij het verwerven van een reputatie, bij acquisitie, wat betreft fiscale behandeling, en gelet op het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt.
- (10) 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.

Voor de praktijk zullen met name gezichtspunten (3) en (9) van belang zijn. Gezichtspunt (3) biedt handvatten gezag snel toe te rekenen aan de werkverschaffer als het werk tot de normale bedrijfsactiviteiten behoort (is ingebed). Gezichtspunt (9) biedt veel zzp'ers de ruimte om niettegenstaande sterke aanwijzingen voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, toch werkzaam te (blijven) zijn op basis van een overeenkomst van opdracht.

2.2 Gezichtspunten (3) nader beschouwd: inbedding van het werk en de werker

Zoals bekend heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 16 december 2022 de brief 'Werken met en als zelfstandige(n)' naar de Kamer gestuurd. In die brief – en in navolging van advocaat-generaal (A-G) De Bock – geeft zij onder meer aan dat voor beoordeling of sprake is van gezag, van belang is of iemand werk doet dat is ingebed in de organisatie van de werkverschaffer. De A-G benadrukte dat het bij deze toets niet gaat om de hoedanigheid van de *werker*, maar louter in hoeverre het *werk* dat de werker verricht zou zijn ingebed in de organisatie van de werkverschaffer: 'Daarbij gaat het erom of het werk een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de werkverschaffer is. Als een leraar lesgeeft op een school, zal dat werk zijn ingebed in de organisatie van de school want het is een wezenlijk onderdeel van de kernactiviteit ("bedrijfsvoering") van de school', aldus de A-G.[6]

De Hoge Raad volgt op dit punt de A-G niet. Althans, in één en dezelfde zin overweegt hij dat 'de inbedding van het werk' én '[de inbedding van] degene die de werkzaamheden verricht' in 'de organisatie van' van belang zijn. Door zowel de inbedding van het *werk* als de *werker* te betrekken laat de Hoge Raad ruimte over voor een Groen die kernactiviteiten verricht bij Schoevers, maar toch niet op basis van arbeidsovereenkomst werkzaam is. De werker is niet ingebed, terwijl het werk wel is ingebed. Dit is uiteraard goed nieuws voor alle interim-zzp'ers die steeds kernactiviteiten (wegens (zwangerschaps)verlof van de betrokkene of overbrugging van vacature bij de inlener) verrichten, maar zichzelf niet inbedden in de organisatie (geen vaste toegangspas tot bedrijf, geen verlofregelingen, geen laptop van de zaak, geen vermelding op de website, ad interim vermelding in ondertekening onder e-mail, enz.).

Voor een verdere aanscherping van het gezagscriterium via 'inbedding van het werk', ziet de Hoge Raad vanwege de huidige politieke discussie geen ruimte. Dat lijkt mij een juist oordeel, nu de minister kenbaar bezig is met de definitie van de arbeidsovereenkomst. Dat 'inbedding van het werk' een rol speelt bij de beoordeling van 'gezag' is overigens niet nieuw. Uit het zogenoemde *Ponstypiste*-arrest uit 1978 viel dit reeds af te leiden, zij het wel als een van de verschillende omstandigheden die op de aanwezigheid van gezag wees bij een werknemer die het werk thuis verrichtte: 'De rechtbank stelt verder voorop dat voor het al dan niet bestaan van een gezagsverhouding niet doorslaggevend is of de werknemer vrij is zelf het werk in te delen en de werkuren te bepalen. Werkneemster was verplicht een minimale hoeveelheid werk per dag te verrichten en voorts was gebleken dat IVA voor het uitvoeren van het ponswerk duidelijke instructies moest geven en dat *de door werkneemster verrichte werkzaamheden behoorden tot de gewone bedrijfsarbeid van IVA*.'[7] [curs. ARH].

Voor het antwoord op de vraag 'wanneer is werk nu wel of niet gebed?', zouden we overigens

inspiratie kunnen ontleen aan artikel 7:658 lid 4 BW (inlenersaansprakelijkheid voor derden). In het vierde lid staat dat '[h]ij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf werkzaamheden laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, (...)'. Uit het bekende arrest *Davelaar/Allspan*[8] weten we dat of iets behoort tot 'het beroep of bedrijf' van de 'hij' (werkverschaffer) afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, maar in ieder geval niet te eng moet worden opgevat. Een zzp'ende docent aan een universiteit verricht ingebed werk, maar ook de zzp'ende HR-medewerker aan diezelfde instelling. Of een zzp'ende marketeer is ingebed, ligt aan de bedrijfsvoering. Veel grote bedrijven zullen een dergelijke afdeling in huis hebben, waardoor de inzet van een 'extra paar handjes' al snel een bijdrage zal leveren aan 'ingebed werk'.

2.3 Gezichtspunten (9) nader beschouwd: (...) ondernemerschap

Het meest intrigerende gezichtspunt is (9). Laten we allereerst eens lezen wat er staat: 'Ook kan van belang zijn of degene die de werkzaamheden verricht zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen, bijvoorbeeld bij het verwerven van een reputatie, bij acquisitie, wat betreft fiscale behandeling, en gelet op het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt.' Van belang is dus, volgens de Hoge Raad, of iemand zich als ondernemer *gedraagt* of *kan gedragen*. Vooral de toevoeging 'of kan gedragen' is interessant. Daarmee lijkt het alsof meer geabstraheerd de vraag moet worden gesteld of de persoon in kwestie als ondernemer wordt beschouwd of niet. Ook lijkt hier ruimte te zijn voor de 'intentie' van de werker: zou jij dit werk als ondernemer kunnen doen, maar ben je nog aan het opstarten? Opnieuw doet dit sterk denken aan *Groen/Schoevers*: meneer Groen met een eigen belastingadvieskantoor die voor 1,5 dag per week wat onderwijs gaat verzorgen bij Schoevers zal toch vooral worden beschouwd als 'ondernemer'. Op gelijke voet is de zinsnede 'gelet op het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt en de duur' van belang. Een werker kan verschillende opdrachtgevers naast elkaar bedienen, maar kan ook op basis van zijn historie aantonen dat hij ondernemend is. Hier staat onomwonden de vrijwaring voor de interim-klusser. Als je maar kunt laten zien dat je actief bent op LinkedIn met het verwerven van nieuwe klussen (acquisitie) en een trackrecord hebt van het liefst een stuk of tien klussen in de afgelopen drie jaren (aantal opdrachtgevers voor wie je hebt gewerkt), dan begrijpen we dat de fiscus je behandelt als 'ondernemer' (fiscale behandeling) en dat dit een sterke troefkaart is in de 610-discussie. Tel bij dit gezichtspunt het (ontbreken van) inbedding van de persoon van de werker van gezichtspunt (3) op, dan rest maar één conclusie: *Groen is back!*

In de literatuur is vaker aandacht gevraagd voor het betrekken van 'ondernemerschap' bij de beoordeling van artikel 7:610 BW. Verwezen wordt dan vaak naar HvJ EU-rechtspraak zoals *FNV Kiem* en *Yodel*, waarin het ondernemerschap centraal stond.[9] *FNV Kiem* heb ik zelf altijd wat ingewikkeld gevonden, omdat het daar om een mededingingsrechtelijke vraag ging: was er een verboden kartelafsprake tussen 'ondernemers' (zzp'ers) of was er sprake van schijnzelfstandigheid? De toets van 'ondernemerschap' lag hierdoor centraal. In het *Yodel*-arrest ging het meer om de vraag of de zelfstandig pakketbezorgder niet (ook) werknemer

was (in de zin van de Arbeidstijdenrichtlijn). Uit dat arrest volgt inderdaad sterker dat bepaalde kenmerken van ondernemerschap het bestaan van een arbeidsovereenkomst uitsluiten, zoals (a) geen persoonlijke arbeid hoeven te verrichten (maar werk aan subcontractors mogen overlaten), (b) vrijheid hebben werk te weigeren, (c) voor derden – concurrenten – mogen werken, en (d) binnen bepaalde parameters zelf hun werktijden mogen bepalen en volgorde van werk. Ook de minister heeft in de eerdergenoemde brief aangekondigd het ‘ondernemerschap als contra-indicatie’ bij de beoordeling van artikel 7:610 BW te willen gebruiken. Hoe en wat, moet nog nader vorm krijgen, maar duidelijk is dat (ook) zij aansluiting zoekt bij het EU-werknemersbegrip zoals dit in onder andere *Yodel* werd gebruikt.

Hoewel de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.2.6 zich bescheiden toont door de keuze voor nadere algemene regels of uitgangspunten aan de minister over te laten, valt toch op dat de Hoge Raad hier expliciet kiest voor het benoemen van ondernemerschap als gezichtspunt. Kijken we naar de zinsopbouw van de gezichtspuntencatalogi, dan valt ook op dat de Hoge Raad hier kiest voor een nieuwe zin. ‘Ook kan van belang zijn (...)’ Het heeft er alle schijn van dat ook de Hoge Raad beseft dat de gezichtspunten daarvoor allemaal artikel 7:610 BW kleuren en gezichtspunt (9) een contragezichtspunt is. Die keuze van de Hoge Raad lijkt sterk in overeenstemming met de aangekondigde toetsing door de minister. Of hier inderdaad geen rechtspolitiek wordt bedreven, kan men zich afvragen. Sterker, de Hoge Raad legt de bal prachtig voor het doel om door de minister in te laten schieten.

Maar... belangrijker is wellicht het volgende. De wet schrijft voor wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst. Of, zoals de Hoge Raad het zelf formuleert, als de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst, moet de overeenkomst als zodanig worden aangemerkt. Het holistisch toetsen aan alle omstandigheden van het geval kan volgens mij niet betekenen dat er opeens extra voorwaarden kunnen gelden wanneer een overeenkomst kwalificeert als arbeidsovereenkomst. Net zoals ‘alle omstandigheden van het geval’ bij de beoordeling van een dringende reden, iets moeten zeggen over de dringende reden (causaliteit), geldt dat ook voor de omstandigheden van het geval bij de beoordeling van de arbeidsovereenkomst. Als we de gezichtspunten van de Hoge Raad kritisch langslopen dan kunnen we ze vrijwel allemaal herleiden naar een of meer voorwaarden van artikel 7:610 BW. Zo zal gezichtspunt (1) (aard van het werk) iets zeggen over ‘arbeid’ ex artikel 7:610 BW en zal gezichtspunt (2) (wijze waarop het werk wordt uitgevoerd) iets zeggen over ‘gezag’. Maar het louter *zijn* van ondernemer is een merkwaardig gezichtspunt in het licht van artikel 7:610 BW. Welke voorwaarde van artikel 7:610 BW wordt hiermee ingevuld of kleur gegeven? Ja, gezag, is dan het antwoord. Maar geeft de omstandigheid dat ik mij als ondernemer gedraag of kan gedragen inderdaad invulling aan het element ‘gezag’ in de contractuele verhouding met de werkverschaffer? Het gezichtspunt (8) (loopt de werker commercieel risico) heeft ook ondernemersachtige elementen in zich en bovendien wel betrekking op die contractuele relatie. Het kleurt in zekere zin ‘loon’ (er kunnen zich risico’s manifesteren die voor rekening van de werker komen). Maar het zijn van ondernemer in het economisch verkeer sec, zegt nog

niet zoveel. Sterker, veel moderne werkers zijn ook een beetje ondernemer. Zij werken een paar dagen in dienstbetrekking en hebben een eigen webshop of betaalde hobby (fotograaf, redactiewerk, schminkjuffrouw voor kinderfeestjes, enz.). Zijn die ‘ondernemers’, omdat ze ‘ondernemer’ zijn, minder snel werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst? In *Groen/Schoevers* werd dit ondernemerschap ook betrokken, maar meer indirect en uiteindelijk toegespitst op de wettelijke vereisten. Het was gezien de maatschappelijk positie van Groen, zijn eigen belastingkantoor, zijn initiatief voor de gekozen (belonings)constructie en de omstandigheid dat werkgeversafdrachten niet met terugwerkende kracht verhaald konden worden op werknemers, dat geen sprake was van voor de arbeidsovereenkomst gebruikelijke wijze van *loon*betaling. Het zelfstandig benoemen van het ‘zijn’ van ondernemer door de Hoge Raad kan daarom toch wel als ‘vernieuwend’ worden beschouwd. En natuurlijk is het slechts een van de omstandigheden die betrokken *kunnen* worden, maar toch een opvallende Deliver-hoe.

3 Persoonlijke arbeid en vrije vervanging

Waar we over gezichtspunt (9) kritisch kunnen zijn dat de Hoge Raad stiekem additionele voorwaarden stelt aan artikel 7:610 BW, zo kunnen we ons omgekeerd afvragen of een van de kernelementen van artikel 7:610 BW niet wordt weggeschreven in *Deliveroo*. Ik doel dan op de voorwaarde: ‘persoonlijke arbeidsverplichting’.

3.1 Verplichting arbeid persoonlijk te verrichten: van kernelement...

De eerste vraag is natuurlijk of persoonlijke arbeidsverrichting wel een voorwaarde is van artikel 7:610 BW. Het antwoord hierop luidt stellig ‘ja’. Niet alleen volgt dit letterlijk uit de tekst van artikel 7:610 BW (de werknemer verbindt *zich* arbeid te verrichten), het volgde ook uit rechtspraak van de Hoge Raad. Zo overwoog de Hoge Raad in *Zwarthoofd/St. Parool*: ‘(...) dat uit deze overwegingen in onderling verband blijkt, dat de Rb. de overeenkomst aldus heeft verstaan, dat deze niet slechts inhield, dat Zwarthoofd sommige van de toegezegde werkzaamheden door anderen mocht laten verrichten, doch dat zij zich ten aanzien van al deze werkzaamheden door anderen mocht laten vervangen; dat Zwarthoofd derhalve weliswaar aan de op haar rustende verbintenis kon voldoen door zelf arbeid te verrichten doch zij zich niet tot het verrichten van arbeid *heeft verbonden*; dat de Rb. terecht heeft geoordeeld, dat een overeenkomst van dezen inhoud niet als arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt daar het blijkens art. 1637a *een van de kenmerken van de arbeidsovereenkomst is*, dat een contractspartij *zich verbindt* arbeid te verrichten; (...).’ [curs. ARH].[10]

A-G De Bock is het met deze lezing niet eens. Volgens haar is de persoonlijke arbeidsverplichting een *rechtsgevolg* van het werken op basis van een arbeidsovereenkomst in plaats van een constitutief vereiste. Zij verwijst onder meer naar de plaatsing van artikel 7:659 BW waarin staat dat een werknemer de arbeid in beginsel persoonlijk dient te verrichten. Dit artikel volgt *na* artikel 7:610 BW.

3.2 Verplichting arbeid persoonlijk te verrichten: naar ‘gezichtspunt’

Diverse auteurs (en adviseurs^[11]) hebben erop gewezen dat het element van de ‘verbondenheid tot persoonlijke arbeid’ artikel 7:610 BW kwetsbaar maakt voor misbruik. Werk waarbij de persoon van de werker er niet toe doet (veelal eenvoudig en repetitief werk zoals ‘dozen duwen in een sorteercentrum’, ‘postbezorging’, ‘pakketbezorging’, ‘magazijnwerk’) zou door middel van een contractuele bepaling niet meer op basis van een arbeidsovereenkomst plaatsvinden.^[12]

De Hoge Raad toont zich zeer bewust van deze kwetsbaarheid in artikel 7:610 BW en verlegt de koers stevig met dit arrest. Daarmee vangt hij aan in gezichtspunt (4): ‘het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren’. Als we dit gezichtspunt heel letterlijk mogen nemen, dan betekent dit dat de persoonlijke arbeidsverrichting geen constitutief element (meer) is, maar slechts een gezichtspunt. Er staat immers niet ‘het al dan niet bestaan van *toestemming* de arbeid niet persoonlijk te verrichten’, er staat dat er überhaupt geen *verplichting* is.

Gezichtspunt (4) zullen we – in mijn optiek – in combinatie met gezichtspunt (10) moeten lezen. Daarin staat dat het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding bij beantwoording van de vraag of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, mede afhangt van de mate waarin dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die de werkzaamheden verricht. Opvallend is dat de Hoge Raad benadrukt dat de betekenis van een contractueel beding, zoals de vrije vervangingsclausule, mede afhangt van de *daadwerkelijke betekenis* voor de werker. Heeft een krantenbezorger of depothouder^[13] zelf daadwerkelijk belang bij de vrije vervanging? En om hier nog meer kleur aan te geven, vervolgt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.3.5 dat bij bezorgers zoals bij Deliveroo, waar in de praktijk bezorgers ook gebruikmaakten van deze vervangingsmogelijkheid, het uiteindelijk aankomt op de vraag of de werker (a) zich permanent met toestemming van Deliveroo laat vervangen, (b) zich tegelijkertijd door verschillende vervangers kan laten waarnemen, (c) (daardoor) een verdienmodel kan maken van de vrije vervangingsclausule.

De Hoge Raad heeft met dit oordeel de persoonlijke arbeidsverrichting sterk genuanceerd. Dat past in de sleutel van ongelijkheidscompensatie: het arbeidsrecht dient de zwakkere te beschermen. Bij deze notie past niet dat de gehele bescherming kan worden weggecontracteerd. Dit geldt temeer als over de inhoud van het contract niet kan worden onderhandeld, zoals volgt uit gezichtspunt (5) (wat bij veel digitale platformwerkdiensten het geval zal zijn). Omgekeerd, indien de vrijheid ertoe kan leiden dat de werker het werk ‘als verdienmodel’ kan onderaانبesteden, dan heeft hij belang bij ‘vrije vervanging’ en weegt dit mee in de beoordeling van artikel 7:610 BW. Nieuw is deze benadering niet. Ook in de reeks aan PostNL-zaken in de periode 2015-2018 zagen we deze ‘verdienmodel-benadering’ bij rechters terug.^[14] Bij de beoordeling van het ‘verdienmodel’ kan voorts gezichtspunt (7) worden genoemd: de hoogte van de beloning. Als de beloning relatief laag is of zelfs tegen het minimumloon grenst, dan is vrijwel ondenkbaar dat er een (legaal)^[15] verdienmodel bestaat bij het onderaانبesteden van werk. En ja, inmiddels doet zich hier weer het ondernemerschap voor. Gedraag je je als ondernemer, dan heeft de vrije vervangingsclausule betekenis voor je.

Begrijp ik de Hoge Raad goed, dan zal de contractuele vrije vervanging van geringe betekenis zijn bij de beoordeling van de arbeidsverhouding, tenzij dit uitdrukkelijk is bedongen door de werker en hij hier ook belang bij heeft. Dit belang zal veelal zijn ingegeven door het zijn van ondernemer. En daarmee is de cirkel mooi rond.

4 En dan nu de wetgever

De Hoge Raad geeft met zijn 'alle omstandigheden van het geval' ruimte om bestaande zzp-structuren buiten de kwalificatie van artikel 7:610 BW te houden (denk opnieuw aan de interim-werker). Als de minister aan de slag gaat met het verder aanscherpen van gezag, bijvoorbeeld door inbedding dominant te maken en ondernemerschap louter in de bilaterale verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer te beschouwen, dan zal een deel van de zzp-werkers straks kunnen kwalificeren als werknemer. Als de minister ervoor kiest de wet op dit onderdeel aan te passen, dan zou daarmee eerbiedigende werking over het verleden kunnen ontstaan en naar de toekomst zekerheid over de rechtsverhouding. Dit zou als voordeel kunnen hebben dat de gevolgen van de herkwalificatie van rechtsverhoudingen in tijd begrensd kunnen worden.

Ook zou de wetgever na kunnen denken of een aanscherping van het gezagscriterium gevolgen heeft voor de uitleg van 'toezicht en leiding' ex artikel 7:690 BW. De Hoge Raad heeft ons in *Care4Care* geleerd dat 'toezicht en leiding' in feite gewoon gezag in de zin van artikel 7:610 BW is. En als gezag zo meteen wordt bepaald aan de hand van de vraag of het werk is ingebed, dan zal 'leiding en toezicht' ook snel worden aangenomen. Dat zal vooral voor de 'contracting-business' consequenties kunnen hebben.

5 Deliver-moe of Deliver-hoe?!: a conversation intercom

Terug naar het begin. Wat heeft de Hoge Raad ons nu bezorgd met *Deliveroo*? Tien heel interessante gezichtspunten en een herwaardering van *Groen/Schoevers* ten opzichte van *X/Gemeente Amsterdam*. Het uitdrukkelijk benoemen van het 'zijn' van ondernemer als relevant gezichtspunt is intrigerend en lijkt een voorzet die de minister mag en moet afmaken met nieuwe regelgeving.

Op het punt van vrije vervanging maakt de Hoge Raad duidelijke keuzes en beslecht een sluimerend debat in de literatuur en (lagere) rechtspraak: de persoonlijke arbeidsverplichting komt geringe betekenis toe als het voor de werker geen wezenlijke betekenis heeft. Dit oordeel wijkt weliswaar af van zijn eerdere rechtspraak, maar doet recht aan de grondslag van ongelijkheidscompensatie en is daardoor toe te juichen.

Voor de gemiddelde praktijkjurist komt het voorgaande erop neer dat hij zijn ondernemende zzp'er die regelmatig ingebed werk verricht, maar ook steeds verschillende klussen van tijdelijke aard (de interim-werker), voorlopig gerust kan stellen: de Hoge Raad heeft oog voor 'echte ondernemers'. Of de minister er net zo over denkt, zullen we moeten bezien. Het verschil in benadering kan namelijk liggen in het zijn van ondernemer sec of het zijn van ondernemer in relatie tot de specifieke opdrachtgever. In deze laatste benadering is minder

ruimte om bij ‘ingebod werk’ nog als opdrachtnemer te kwalificeren. *But for now they’re off the hook*. Dat zal voor een zzp’ende docent of zorgmedewerker ingewikkelder liggen, als die fulltime de kernactiviteit van de opdrachtgever vervullen. Een modelovereenkomst ‘vrije vervanging’ of ‘geen gezag’ zal met dit arrest niet meer voldoende zijn.

Al met al heeft *Deliveroo* ons stiekem veel meer gebracht, dan de Deliver-moe-ontvangers doen vermoeden. Tegelijkertijd is het lastig in het geweld van commissie-Borstlap, SER MLT, aangekondigde EU-platformarbeidregulering, *X/Gemeente Amsterdam* en voortgangsbrieven zzp van de minister de precieze inhoud van *Deliveroo* op zijn waarde te schatten. Daar komt bij dat *Deliveroo*, net als *X/Gemeente Amsterdam*, een atypische zaak is wat werkers betreft. Het merendeel van de werkers bestond uit ‘bijverdieners’ die heel vluchtig gebruikmaakten van het platform. Mogen we op basis van dergelijke atypische werkomstandigheden algemene toetsingskaders afleiden? Misschien lees ik er dan ook meer in dan er staat. Misschien ontving ik de boodschap anders, dan die door de Hoge Raad is verzonden. Het *Deliveroo*-arrest draagt het risico van de hitsingle van Soulwax: ‘Conversation intercom, you hear what I say but it comes out all wrong’. *Food for thought*.

[1] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.

[2] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746.

[3] Zie bijv. Hof Den Haag 29 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:449.

[4] HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495.

[5] Zie uitgebreid over de holistische weging na *X/Gemeente Amsterdam* onder meer 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 en A.R. Houweling & C.J. Loonstra, ‘Uitleg en kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst: “als u begrijpt wat ik bedoel”’, *RMThemis* 2021, afl. 5, p. 179-188.

[6] Concl. A-G 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578.

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

[8] HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BVo616.

[9] G.C. Boot, ‘Groen/Schoevers op losse Schroeven?’, *Arbeidsrecht* 2015/14.

[10] HR 13 dec 1957, *NJ* 1958/35. Het ging hier om een toetsing van art. 1 onder b sub 1 BBA. Het BBA kent ook een onder b sub 2 waarin de ‘afhankelijke zzp’er’ bescherming toekomt. Ook daar geldt persoonlijke arbeidsverrichting. Zie hierover de uitspraak *Tros-dokter*: HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7500.

[11] G.C. Boot c.s., *Commissie (Model)overeenkomsten in het kader van de Wet DRA*, 2016.

[12] Zie voor een mooie samenvatting S. Said, *De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 63-67.

[13] Zie Rb. Amsterdam (ktr.) 17 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6002 (vrije vervanging staat niet in de weg aan arbeidsovereenkomst) maar ook Rb. Amsterdam (ktr.) 24 januari 2022, AR 2022-0127 (vrije vervanging staat wel in de weg aan arbeidsovereenkomst).

[14] Vgl. o.a. Rb. Amsterdam (ktr.) 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153.

[15] Uit verschillende media blijkt dat er via platformen (mogelijk) illegale tewerkstelling plaatsvindt onder accounts van anderen. Zie www.emerce.nl/nieuws/veel-bezorgers-uber-eats-deliveroo-illegaal-nederland (geraadpleegd 10 april 2023).