

RECHTSPRAAK

Conclusie A-G De Bock in Deliveroo: maaltijdbezorgers zijn werknemers.*Feiten*

Deliveroo is in juni 2015 in Nederland begonnen met haar activiteiten. Via een digitaal platform worden onafhankelijke restaurants door middel van een bestel- en betaalsysteem gekoppeld aan klanten. Deliveroo biedt daarbij een online maaltijdbestel- en betaalsysteem aan, alsmede een bezorgdienst van de restaurants naar de klanten. Van september 2015 tot in de loop van 2018 heeft Deliveroo bezorgers op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (voor maximaal 23 maanden) in dienst genomen. Het betrof een min-max oproepcontract met een minimum van een uur en een maximum van 160 uur per maand. Betaling vond plaats overeenkomstig het wettelijk (jeugd)minimumloon.

Per februari 2018 heeft Deliveroo besloten de arbeidsovereenkomsten met de bezorgers niet meer te verlengen. Bezorgers werken sinds 1 juli 2018 alleen nog op basis van een opdrachtovereenkomst. In de door Deliveroo tot 21 september 2018 gebruikte opdrachtovereenkomst was opgenomen dat de bezorger zich als ondernemer moest inschrijven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel en over een btw-nummer moest beschikken. Sinds 21 september 2018 hanteert Deliveroo twee soorten opdrachtovereenkomsten: de Regular-overeenkomst en de Unlimited-overeenkomst. Op grond van de Regular-overeenkomst kan per vier weken maximaal € 603,92 (niveau 2019; 40% van het reguliere minimumloon; in augustus 2020 € 620,32 per vier weken) worden verdiend en is, vanwege fiscale regelgeving, geen btw-afdracht verplicht. (NB Het gaat hier in feite om het niet verschuldigd zijn van loonbelasting, aldus de A-G). Bij gebruik van de Unlimited-overeenkomst kan meer dan € 603,92 per vier weken worden verdiend, en dient de bezorger btw in rekening te brengen en af te dragen. Betaling vindt in beide gevallen plaats per afgeleverde bezorging en op basis van facturering, waarbij de normale gang van zaken is dat Deliveroo namens de bezorger de aan Deliveroo gerichte factuur opstelt. Deliveroo houdt ook bij dat bij gebruik van de Regular-overeenkomst niet meer dan genoemd bedrag van € 603,92 per vier weken wordt verdiend: indien de bezorger 80% van dat bedrag heeft verdiend stuurt Deliveroo een bericht, en ook bij het bereiken van 90% van dat bedrag. Indien het volledige bedrag is verdiend kunnen die maand geen verdere opdrachten worden geaccepteerd.

Sinds maart 2020 hanteert Deliveroo in plaats van het SSB-systeem het zogenoemde Free Login-systeem. Dat systeem houdt in dat geen sessies meer van tevoren kunnen worden gereserveerd. Iedere bezorger kan op het door hem gewenste moment inloggen, zij het dat dat

alleen kan op een moment en plaats waar Deliveroo een behoefte aan bezorgers voorziet. Uitsluitend bezorgers die zijn ingelogd kunnen een bestelling krijgen aangeboden. Een aangeboden bestelling kan geweigerd worden, waarvoor in het systeem onder andere een van de volgende redenen kan worden opgegeven: restaurant te ver weg, restaurant wachttijd, wegen gesloten, autopech/fietspech, einde beschikbaarheid, 'dislike delivery area' of overig. Deliveroo maakt bij de toedeling van de bezorging van maaltijden gebruik van een algoritme, genaamd 'Frank' (hierna: 'Frank'). Bezorgers die de overeenkomst hebben gesloten kunnen via deze app inloggen. Toen Deliveroo het SSB-systeem hanteerde, konden bezorgers zich meteen beschikbaar melden en/of toekomstige sessies reserveren in een gebiedszone waarin zij wilden gaan werken voor Deliveroo; met de invoering van het Free Login-systeem kunnen bezorgers zich (alleen) direct beschikbaar melden. Verder kunnen de bezorgers via de app chatten met (een medewerker van) Deliveroo wanneer zij problemen hebben met het afleveren van bestellingen.

Met de invoering van het Free Login-systeem per maart 2020 is zowel de hoogte van het vaste per bezorging te betalen bedrag gewijzigd, als de wijze waarop bonussen worden vastgesteld. Voor korte ritten wordt sindsdien gemiddeld een vergoeding betaald van € 3,50 per bezorgde bestelling, voor lange ritten een vergoeding van gemiddeld € 4,80 per bezorgde bestelling. Daarnaast worden nog steeds bonussen toegekend.

Voordat bezorgers (of hun vervangers) als zelfstandige kunnen beginnen bij Deliveroo moeten zij een aantal instructiefilms van Deliveroo hebben bekeken. Volgens het contract kunnen bezorgers zich laten vervangen om de bezorging door een ander te laten verrichten, op voorwaarde dat de vervanger voor aanvang van de werkzaamheden een geldig legitimatiebewijs en een bewijs van het recht om in Nederland te werken toont. Het materiaal levert de bezorger zelf, in ieder geval een smartphone en het vervoermiddel (een fiets, motorfiets, auto of scooter).

FNV heeft Deliveroo gedagvaard voor de kantonrechter Amsterdam. FNV heeft, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, primair een verklaring voor recht gevorderd dat de rechtsverhouding tussen Deliveroo en haar bezorgers, in afwijking van de partijafsprake, is aan te merken als een arbeidsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 7:610 lid 1 BW. De kantonrechter en het hof hebben geoordeeld dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Conclusie A-G De Bock

Er bestaat geen wettelijke definitie van platformwerk. De vraag of een platformwerker werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, moet dan ook beantwoord worden aan de hand van de gewone maatstaf van artikel 7:610 BW. Daarbij spitst de discussie zich met name toe op het meest onderscheidende kenmerk van de arbeidsovereenkomst, namelijk het element gezag ('in dienst van'). De discussie of een platformwerker werkzaam is op basis van een overeenkomst die als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd, is onderdeel van het bredere zzp-debat. Ook daarin spitst de discussie zich toe op de vraag of voldaan is aan het element gezag. Maar platformwerk heeft wel een aantal specifieke kenmerken, juist op het

punt van de gezagsuitoefening. Zo is kenmerkend voor platformwerk dat het werk niet op één centrale plaats wordt uitgevoerd (onder toezicht van een leidinggevende). Daardoor is er geen fysiek contact tussen de werkers en het platform. Voor zover er wel contact is – bijvoorbeeld ten aanzien van de toedeling van taken – vindt dat plaats via internetapplicaties. Daarbij worden algoritmes gebruikt als sturingsmechanismes ('algoritmisch beheer'). Dat geldt zowel voor (i) de toedeling van het werk, (ii) het geven van aanwijzingen voor de uitvoering van het werk, (iii) het monitoren van de uitvoering van het werk en (iv) het beoordelen van de platformwerker. In zijn algemeenheid geldt bovendien dat het geven van werkinstructies voor veel (fysiek) platformwerk minder relevant is, omdat de taak of klus in veel gevallen eenvoudig en afgebakend is. Ook kunnen werkinstructies in algemene voorwaarden bij de overeenkomst tussen platform en platformwerker zijn opgenomen, waardoor er geen nadere persoonlijke instructies aan de werker hoeven te worden gegeven.

Rechtsvermoeden onontkoombaar (par. 6)

De A-G zet uitvoerig uiteen hoe de afgelopen jaren door de Wet DBA, commissie-Borstlap, WRR, SER-MLT en diverse voortgangsbrieven in de Kamers over zzp en platformarbeid is gesproken. Zij concludeert als volgt: 'Het lijkt mij onontkoombaar dat in bredere zin gewerkt gaat worden met rechtsvermoedens. Een geval-tot-geval-benadering, waarbij aan de hand van een "holistische benadering" (wat dat ook moge zijn) moet worden beoordeeld of een werker werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst of als "echte zelfstandige", is niet werkbaar. We kunnen niet verwachten dat voor elk van de 1,1 miljoen werkers die in 2021 werkzaam waren als zzp'ers, op individuele basis wordt vastgesteld of zij al dan niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Daarbij komt: de werkenden die het meeste belang hebben bij een bevestigende beantwoording van deze vraag (dus: de grootste behoefte aan de beschermende werking van het arbeidsrecht), zullen in het algemeen degenen zijn die het minst in staat zijn om naar de rechter te stappen. Ook werkgevers hebben behoefte aan duidelijkheid over de arbeidsrelatie die zij aangaan met een werkende. Het is niet aanvaardbaar dat zo'n fundamentele en veelvoorkomende kwestie als de vraag of gewerkt wordt op basis van een arbeidsovereenkomst, niet op eenvoudige wijze kan worden beantwoord. De conclusie kan eigenlijk alleen maar zijn dat het recht hier tekortschiet.'

Over X/Gemeente Amsterdam (par. 7)

De A-G staat uitvoerig stil bij het arrest *X/Gemeente Amsterdam* en geeft overzichtelijk alle kritiek op die uitspraak weer. Zij concludeert dat wat hiervan ook zij, veel kwalificatiegeschillen in de kern neerkomen op de vraag of er wel of geen sprake is van gezag.

Gezagscriterium moet zijn: inbedding in de organisatie (par. 8)

'Als de Hoge Raad het gezagscriterium verduidelijkt (aanpast aan de eisen van de tijd), zou het startpunt moeten zijn dat het gaat om de organisatorische inbedding van het werk. Daarmee wordt bedoeld: is het werk 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. Hetzelfde geldt voor een verpleger die zorg verleent in een ziekenhuis. Gezichtspunten bij de vraag of bepaald werk een wezenlijk onderdeel is van de organisatie van de werkverschaffer zijn: (i) is sprake van het verrichten van kernactiviteiten; (ii) hebben de werkzaamheden een structureel karakter; (iii) wat is het organisatorisch kader waarbinnen de werkzaamheden werden verricht.'

'Soms is te lezen dat het ook gaat om de organisatorische inbedding van de werker. Mijns inziens ligt het zwaartepunt echter bij de inbedding van het werk in de organisatie van de werkverschaffer; als daarvan sprake is, zal de inbedding van de werker volgen. Dus áls het werk is ingebed in de organisatie, zullen daardoor de door de werkverschaffer uitgevaardigde regels, gebruiken en gewoonten op de werker van toepassing zijn.'

'Om te kunnen beoordelen of het werk een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de werkverschaffer is, moet er goed zicht zijn op wat die bedrijfsvoering precies inhoudt. Voor platforms betekent dit bijvoorbeeld het volgende. Platforms zoals Deliveroo verlenen een geïntegreerde dienst. De dienstverrichting van zo'n platform omvat méér dan het via een algoritme bij elkaar brengen van vraag en aanbod naar arbeid: de dienst die wordt afgenomen is het kiezen, bestellen, betalen en laten bezorgen van een maaltijd. De bedrijfsvoering van het platform is gericht op het verlenen van deze dienst. Daarmee is duidelijk dat de maaltijdbezorger onderdeel is van de bedrijfsvoering van het platform. Vergelijk ook de Uber-uitspraak van de rechtbank Amsterdam, waarin werd geoordeeld de vervoersdiensten de kernactiviteit van Uber vormen. Het standpunt dat Uber slechts een technologiebedrijf is, werd verworpen.'

'Als géén sprake is van inbedding van het werk in de organisatie van de werkverschaffer, heeft de werker in het algemeen zélf een onderneming en is hij dus een zelfstandig ondernemer. In feite gaat het om kwalificaties die elkaar uitsluiten: de werker is ingebed in de organisatie van de werkverschaffer, óf de werker is zelf ondernemer. Meer smaken zijn er niet in het civiele recht; er zijn geen 'tussencategorieën' tussen werknemers en zelfstandigen. De vraag kan dan dus ook van de andere kant worden benaderd: is de werker een zelfstandig ondernemer en is het werk daarmee dus niet ingebed in de organisatie van degene voor wie hij werkt? Vanuit dit perspectief gaat het er dus om of de werker zelfstandig ondernemer is. Alleen als die vraag bevestigend kan worden beantwoord, is géén sprake van werk dat op basis van een arbeidsovereenkomst wordt verricht. Deze benadering vindt veel steun in de literatuur: als de werkende niet zelfstandig ondernemer is, is dus als uitgangspunt sprake van inbedding in de organisatie van de werkverschaffer en wordt dus gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst.'

Persoonlijke arbeidsverplichting? (par. 9)

'De eis van persoonlijke arbeidsverrichting heeft de afgelopen tijd steeds meer aandacht gekregen, doordat in werkcontracten wordt opgenomen dat de werker zich te allen tijde mag

laten vervangen (een 'vrije vervanging-clausule'). Er is geen recente rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad over de vrije vervangingsclausule of de verplichting om de arbeid zelf te verrichten. De laatste uitspraken dateren uit 1957 (*Zwarthoofd/Parool*) en 1969 (*Heger/De Geïllustreerde Pers*). In deze arresten overwoog de Hoge Raad dat de rechtbank terecht had geoordeeld dat een overeenkomst waarin de werker zich kan laten vervangen niet als arbeidsovereenkomst kwalificeert, "daar het blijkens art. 1637a een van de kenmerken van de arbeidsovereenkomst is, dat een contractspartij zich verbindt arbeid te verrichten". Hieruit is af te leiden dat de Hoge Raad de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten beschouwt als een aspect van het element "arbeid" (en niet van het element "gezag"). Hierbij past de kanttekening dat in beide arresten tevens het BBA van toepassing was; daarin was in elk geval vereist dat de arbeid persoonlijk werd verricht. De fiscale kamer van de Hoge Raad heeft de persoonlijke arbeidsverrichting in 2011 en 2022 nogmaals bevestigd.'

De A-G concludeert dat artikel 7:610 BW geen persoonlijke arbeid vereist als constitutief element. Dat de arbeid persoonlijk moet worden verricht is een verplichting die volgt uit het feit dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het staat niet voor niets opgenomen in artikel 7:659 BW, aldus de A-G. Bovendien zouden platformen gemakkelijk – en eenzijdig – deze persoonlijke arbeidsverplichting kunnen omzeilen.

Vrijheid om te komen en te gaan (par. 10)

'Het cassatiemiddel stelt ook aan de orde of de vrijheid van een bezorger om te werken wanneer hij of zij wil, in de weg staat aan de kwalificatie van arbeidsovereenkomst. Zoals besproken is dit bij uitstek een kenmerk van platformwerk: de platformwerker kan zelf bepalen of en wanneer hij wil werken. Ter beantwoording van deze vraag is in de eerste plaats te constateren dat uit het civiele Vakantiewerker bollenkweker-arrest uit 1994 volgt dat het feit dat een werkende de vrijheid heeft om al dan niet te gaan werken, op zichzelf niet in de weg staat aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan dan ook worden afgeleid dat van een gezagsverhouding en dus van een arbeidsovereenkomst ook sprake kan zijn als de werkende een zekere vrijheid heeft om al dan niet op het werk te verschijnen.'

In de vrijblijvendheid om arbeid te verrichten, zien sommigen een belangrijke contra-indicatie voor een arbeidsovereenkomst. Volgens anderen staat dit zelfs aan een arbeidsovereenkomst in de weg. Er zijn echter ook auteurs die stellen dat het opnemen van de contractuele bepaling dat een werker zelf kan bepalen wanneer hij of zij werkt, niet maakt dat daarmee kan worden ontsnapt aan de kwalificatie als werknemer. Die laatste zienswijze blijkt ook uit het bestreden arrest en valt ook af te leiden uit de *Uber*-uitspraak van rechtbank Amsterdam. Daarin werd wél een arbeidsovereenkomst aangenomen: aan de gezagsverhouding deed volgens de rechtbank niet af dat de chauffeurs zelf hun uren mogen bepalen en tot op zekere hoogte vrij zijn om een rit te weigeren.

Cassatieklachten (par. 11-20)

De A-G bespreekt vervolgens de verschillende cassatieklachten. In par. 11 staat de collectieve

actie centraal. Daarna volgen de klachten die betrekking hebben op de 610-toetsing. Geen van de cassatiemiddelen slaagt in de ogen van de A-G hetzij omdat de vermeende onjuiste rechtstoepassing niet wordt gedeeld, hetzij omdat de klachten feitelijke grondslag missen.

Het woord is nu aan de Hoge Raad...

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-06-2022

ECLI: ECLI:NL:PHR:2022:578

Zaaknummer: 21/02090

Rechters: R.H. de Bock

Advocaten: F.M. Dekker, S.F. Sagel en I.L.N. Timp

Wetsartikelen: 7:610 BW