

## RECHTSPRAAK

***Deliveroo: ook ongemotoriseerd vervoer (per fiets) valt onder ‘beroepsgoederenvervoer’. Ontbreken van duidelijke toetscriteria ‘50% werkzaamheden’ maken verplichtstellingsbesluit niet onverbindend. Geen sprake van strijdigheid met Unie-recht.***

### *Feiten*

Deze zaak gaat over de vraag of eiseres tot cassatie (Deliveroo) valt onder de werkingssfeer van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de weg (hierna: Bpf Vervoer). Op grond van het verplichtstellingsbesluit is daarvoor beslissend of Deliveroo zich uitsluitend of in hoofdzaak bezighoudt met het tegen vergoeding vervoeren van goederen over de weg. Zowel de rechtbank als het hof heeft geoordeeld dat Deliveroo hieraan voldoet en derhalve onder de werkingssfeer valt. Dit brengt onder meer mee dat Deliveroo met terugwerkende kracht vanaf 26 juni 2015 pensioenpremie dient te betalen voor de werknemers die bij haar in dienst zijn.

In cassatie komt Deliveroo op tegen dit oordeel. De klachten bestrijden de uitleg door het hof van de zinsnede ‘vervoer van goederen over de weg’ in het verplichtstellingsbesluit en het daarin opgenomen ‘hoofdzakelijkheidsvereiste’. Daarnaast wordt betoogd dat het hof heeft miskend dat het verplichtstellingsbesluit onverbindend is.

Voor zover relevant voor deze zaak, is deelneming in Bpf Vervoer op grond van het verplichtstellingsbesluit verplicht gesteld voor ‘de persoon die krachtens arbeidsovereenkomst in dienst is van een onderneming in het Beroepsvervoer over de Weg’ (in het verplichtstellingsbesluit onder I.1. aangeduid als ‘Werknemer A’). In deze zaak gaat het niet om de vraag of de personen die voor Deliveroo werken ‘krachtens arbeidsovereenkomst in dienst’ zijn. Centraal staat de vraag of Deliveroo is aan te merken als een ‘onderneming in het Beroepsvervoer over de Weg’. Volgens de definitie van ‘onderneming in het Beroepsvervoer over de Weg’ in het verplichtstellingsbesluit (onder I.4.) moet daaronder – voor zover hier relevant – worden verstaan: ‘De natuurlijke persoon of privaatrechtelijke rechtspersoon die – al dan niet met winstoogmerk – in een in Nederland gevestigd bedrijf of in een afdeling van een zodanig bedrijf uitsluitend of in hoofdzaak werkzaamheden uitoefent, behorend tot het wegvervoer (...)’.

Voor de kwalificatie als ‘onderneming in het Beroepsvervoer over de Weg’ is dus onder meer van belang of het bedrijf ‘uitsluitend’ of ‘in hoofdzaak’ werkzaamheden uitoefent die behoren tot het ‘wegvervoer’. Het begrip ‘wegvervoer’ is, voor zover relevant voor deze zaak, in het

verplichtstellingsbesluit (onder I.5. aanhef en onder a.) als volgt gedefinieerd: ‘Het bedrijf van: a. (...) het tegen vergoeding vervoeren van goederen over de weg (...).’

Kort samengevat wordt een (in Nederland gevestigde) onderneming dus aangemerkt als ‘onderneming in het Beroepsvervoer over de Weg’ als bedoeld in het verplichtstellingsbesluit, indien deze zich bezig houdt met het:

- (i) uitsluitend of in hoofdzaak;
- (ii) tegen vergoeding;
- (iii) vervoeren van goederen over de weg.

In feitelijke instanties stond tussen partijen de vervulling van ieder van deze drie voorwaarden ter discussie. In cassatie gaat het (slechts) nog over de vraag of Deliveroo voldoet aan de onder (i) en (iii) genoemde voorwaarden.

*Conclusie (A-G De Bock)*

*Ook ongemotoriseerd vervoer (per fiets) valt onder ‘beroepsgoederenvervoer’*

Volgens Deliveroo ziet de omschrijving ‘vervoer van goederen over de weg’ in de werkingssfeerbepaling van dat besluit slechts op (gemotoriseerd) beroepsvervoer zoals bedoeld in de Wwg, althans niet op ongemotoriseerd vervoer van maaltijden zoals door Deliveroo verricht. Bij een strikt taalkundige uitleg zou maaltijdbezorging per fiets mogelijk onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit worden gebracht. Een redelijke, objectieve en systematische uitleg en het onaannemelijke (rechts)gevolg waartoe een dergelijke taalkundige uitleg leidt, brengt echter mee dat de bedoelde bezorgactiviteiten niet onder de verplichtstelling vallen. De A-G deelt deze visie niet.

Uit de omschrijving ‘vervoeren van goederen over de weg’ in het verplichtstellingsbesluit blijkt niet dat het vervoeren met een bepaald (type) voertuig moet plaatsvinden om onder die omschrijving te vallen. Evenmin volgt uit de taalkundige betekenis van het begrip ‘vervoeren’ (volgens de online raadpleegbare gratis woordenboek van Van Dale: ‘van de ene plaats naar de andere brengen’) dat daarvoor een specifiek type vervoersmiddel is aangewezen. Een taalkundige uitleg van ‘vervoeren van goederen over de weg’ sluit maaltijdbezorging per fiets dus niet uit. In de door het subonderdeel bestreden rechtsoverwegingen van het hof ligt besloten dat er geen andere objectieve aanknopingspunten zijn waaruit volgt dat ‘vervoeren van goederen over de weg’ in het verplichtstellingsbesluit slechts zou zien op gemotoriseerd vervoer dan wel beroepsvervoer zoals bedoeld in de Wwg.

Anders dan subonderdeel 1.1 onder (i) aanvoert, is voor de uitleg van de werkingssfeerbepaling niet relevant wat volgens het normale spraakgebruik wordt verstaan onder ‘beroepsvervoer’ en ‘wegvervoer’. Het verplichtstellingsbesluit bevat voor deze termen

eigen omschrijvingen; deze omschrijvingen zijn leidend voor de uitleg van de begrippen en voor de beoordeling of Deliveroo onder de verplichtstelling valt. De vraag wat naar normaal spraakgebruik wordt verstaan onder 'goederenvervoer' kan daarentegen wél relevant zijn, omdat dit begrip een samentrekking is van de woorden 'vervoeren van goederen' als vermeld in het verplichtstellingsbesluit onder I.5. aanhef en onder a. Niet valt in te zien dat het begrip 'goederenvervoer', zoals subonderdeel 1.1 onder (i) betoogt, volgens het spraakgebruik slechts betrekking zou hebben op gemotoriseerd vervoer (met een bepaalde omvang en vracht). De afgelopen jaren zijn veel (web)winkels, supermarkten en restaurants overgestapt op bezorging van hun producten per (vracht)fiets. Fietskoeriers zijn inmiddels niet meer uit het straatbeeld weg te denken. Het hof heeft derhalve in r.o. 3.9 terecht geoordeeld dat het begrip 'goederenvervoer' in het spraakgebruik in de loop van de afgelopen jaren aan verandering onderhevig is geweest en thans ook vele andere vormen van niet gemotoriseerd vervoer omvat, zoals vervoer per (bak)fiets en scooter.

De Wwg bevat regels voor onder meer de toegang tot de markt van het binnenlands en het grensoverschrijdend beroepsvervoer en eigen vervoer. Beroepsvervoer is in artikel 1.1 Wwg gedefinieerd als 'vervoer van goederen met een of meer vrachtauto's dat tegen vergoeding van een of meer derden wordt verricht, niet zijnde eigen vervoer'. Een 'vrachtauto' is volgens artikel 1.1 Wwg een 'motorvoertuig of een samenstel van voertuigen, dat uitsluitend wordt gebruikt voor vervoer van goederen'. Het feit dat krachtens de Wwg de term 'beroepsvervoer' uitsluitend ziet op gemotoriseerde voertuigen is, anders dan subonderdeel 1.1 onder (ii) aanvoert, niet van betekenis voor de uitleg van 'onderneming in het Beroepsvervoer over de Weg' als bedoeld in artikel I.4 van het verplichtstellingsbesluit. Het verplichtstellingsbesluit bevat immers een eigen definitie van dit begrip (waaronder: 'het bedrijf van het tegen vergoeding vervoeren van goederen over de weg'). Uit deze definitie blijkt niet dat daarmee hetzelfde wordt bedoeld als de wettelijke term 'beroepsvervoer' uit de Wwg. Nu de sociale partners de betekenis van 'onderneming in het Beroepsvervoer over de Weg' niet in het midden hebben gelaten, maar daaraan een eigen definitie hebben gegeven, bestaat er geen aanleiding om voor de uitleg daarvan aansluiting te zoeken bij de Wwg.

*Verplichtstellingsbesluit niet in strijd met legaliteit en rechtszekerheid (lex certa)*

Deliveroo heeft ook aangevoerd dat het verplichtstellingsbesluit onverbindend is, nu het geen duidelijke toetsingscriteria vermeldt hoe de 50% werkzaamheden moeten worden vastgesteld. Uiteraard is het wenselijk dat een werkingssfeerbepaling in een verplichtstellingsbesluit zo wordt geformuleerd, dat duidelijk is voor de ongeorganiseerde partijen of zij wel of niet onder verplichtstelling vallen. Dat de werkingssfeerbepaling duidelijk moet zijn, is ook een instructienorm voor de minister bij het nemen van een besluit tot verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds, en daarmee indirect voor de sociale partners die de werkingssfeer omschrijven, op grond van de Beleidsregels toetsingskader Wet Bpf 2000 (zie onder 4.15). Daaruit volgt echter niet dat een verplichtstellingsbesluit bij onduidelijkheid buiten toepassing dient te worden gelaten door de rechter, of zelfs – zoals het onderdeel betoogt – onverbindend dient te worden verklaard.

Anders dan het onderdeel betoogt, kan ook niet in zijn algemeenheid worden gezegd dat een verplichtstellingsbesluit dat geen maatstaf bevat voor het daarin opgenomen hoofdzakelijkheids criterium, onvoldoende duidelijk is. Dat hangt ervan af of op basis van de gehele tekst van het verplichtstellingsbesluit en overige objectieve aanknopingspunten tóch kan worden afgeleid hoe moet worden bepaald of aan het hoofdzakelijkheids criterium is voldaan. Maar ook zonder een expliciete bepaling in het verplichtstellingsbesluit waaruit volgt of moet worden gekeken naar de omzet, de loonsom of het aantal arbeidsuren, zal voor de meeste werkgevers in het algemeen wel duidelijk zijn of zij ‘in hoofdzaak’ een bepaalde bedrijfsactiviteit uitoefenen. Deliveroo heeft in feitelijke instanties niet ter discussie gesteld noch in cassatie bestreden dat, zoals de kantonrechter en het hof hebben aangenomen, in het kader van het hoofdzakelijkheids criterium als uitgangspunt geldt dat moet worden beoordeeld of Deliveroo voor meer dan 50% werkzaamheden behorend tot het wegvervoer uitoefent, terwijl dat evenmin expliciet in het verplichtstellingsbesluit staat. Zoals reeds opgemerkt, zal in de praktijk enige uitleg en nadere invulling van criteria in verplichtstellingsbesluiten onontkoombaar zijn om te bepalen of de werkgever en zijn werknemers onder de werkingssfeer vallen. Maar de omschrijving ‘in hoofdzaak’ is zeker niet dermate onduidelijk dat het hof daaraan niet de in r.o. 3.14 genoemde – in cassatie tevergeefs bestreden – nadere invulling kon geven. Dit geldt temeer nu Deliveroo in feitelijke instanties niet heeft toegelicht noch inzichtelijk heeft gemaakt, door overlegging van de relevante gegevens, in hoeverre het voor de vraag of zij ‘in hoofdzaak’ werkzaamheden behorend tot het wegvervoer uitoefent verschil maakt of wordt gekeken naar loonsom, omzet dan wel aantal bestede arbeidsuren (vgl. r.o. 3.16 van het bestreden arrest, waarin is overwogen dat Deliveroo geen inzage heeft gegeven in de omzet of het aantal arbeidsuren gemoeid met de afname door restaurants van modules waarbij geen bezorging plaatsvindt ten opzichte van de totale omzet/het totale aantal arbeidsuren). Met andere woorden, Deliveroo heeft geen concrete handvatten gegeven die mogelijk tot een andere uitkomst hadden kunnen leiden.

Aan het voorgaande doet niet af dat het Hof Arnhem-Leeuwarden over dezelfde werkingssfeerbepaling, in afwijking van het Hof Amsterdam in de onderhavige zaak, in twee zaken heeft geoordeeld dat de omvang van de bedrijfsactiviteiten in het kader van het hoofdzakelijkheids criterium moet worden bepaald aan de hand van de loonsom en in een andere zaak dat het omzetcriterium beslissend is. Het is immers aan de Hoge Raad om de rechtseenheid te bewaken en in hoogste instantie te beoordelen hoe de werkingssfeer van het vaststellingsbesluit moet worden uitgelegd.

Het hof heeft derhalve met juistheid geoordeeld dat het ontbreken van criteria ter bepaling van de vraag hoe de meerderheid van 50% bepaald dient te worden, niet maakt dat sprake is van een onduidelijkheid in de werkingssfeerbepaling die leidt tot strijd met het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

*Verplichtstellingsbesluit niet in strijd met EU-recht*

Tot besluit voert Deliveroo aan dat het Bpf in strijd zou zijn met vrij verkeer van diensten. Volgens de A-G is dit niet het geval. In de eerste plaats omdat sprake zou zijn van een louter

interne kwestie (waarop het EU-recht niet van toepassing is). In de tweede plaats doet zich hier de *Albany*-uitzondering voor. Voor zover het *Unis*-arrest als aanvullende eis stelt dat er een transparante (aanbestedings)procedure moet zijn, meent de A-G dat deze eis niet zou gelden voor dit Bpf wegens het temporele bereik.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 24-02-2023

**ECLI:** ECLI:NL:PHR:2023:225

**Zaaknummer:** 22/00968

**Rechters:** R.H. de Bock

**Advocaten:** J.P. Heering, F.M. Dekker en A.H.M. van den Steenhoven

**Wetsartikelen:** 2 lid 1 Wet Bpf 2000 en Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de weg