

Artikel

Deliveroo: overeenkomst van opdracht terug op de plaats waar het hoort

Mr. dr. A.H. Lamers*

1. Inleiding

6 Op 24 maart 2023 wees de Hoge Raad arrest in de Deliveroo-zaak.¹ Hoewel de kwestie met belangstelling werd gevolgd door arbeidsrechtjuristen en het arrest van de Hoge Raad aldaar de nodige verheldering heeft gebracht, is de uitspraak ook interessant als het gaat om de reikwijdte van de regeling van afdeling 7.7.1 (overeenkomst van opdracht). Alvorens in de paragrafen 4 en verder de mogelijke bredere gevolgen te beschouwen, volgt hierna eerst een samenvatting van de kwestie die gebaseerd is op een annotatie van ondergetekende die eerder verscheen in *Rechtspraak Sociale Verzekeringen*.² Het leitmotiv van de kwestie die in deze bijdrage wordt besproken, is de wijze waarop werkgevers kunnen ontsnappen aan het regime van artikel 7:610 Burgerlijk Wetboek (BW) (Arbeidsovereenkomst). Meer specifiek: hoe kan een werkgever een natuurlijke persoon voor hem laten werken zonder dat er een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW ontstaat, met alle gevolgen van dien? Die zoektocht is begrijpelijk. Het is immers in Nederland nauwelijks nog een pretje om werkgever te zijn. Werkgevers, en soms ook werknemers, zijn voortdurend op zoek naar mogelijke ontsnappingen uit het systeem van artikel 7:610 BW en dat is begrijpelijk, want werknemers zijn voor de ondernemer een groot risico dat in dit tijdschrift geen uitgebreid betoog behoeft. De lijst van zorgplichten die

een werkgever jegens een werknemer heeft, is lang en bovendien is het voldoen aan die plichten erg duur. Alleen al de plicht om het loon van een zieke werknemer gedurende twee jaar te moeten doorbetalen is bepaald geen sinecure.

Op de uitspraak van de Hoge Raad die in deze bijdrage wordt besproken, zaten, zoals gezegd, de arbeidsrecht-professionals (lang) met veel belangstelling te wachten. Het was immers de vraag of de Hoge Raad de ‘omslag’ in het arrest Participatieplaats³ op enigerlei wijze zou bestendigen. Deze omslag hield in dat de partijbedoeling nauwelijks nog grondslag kan zijn voor de uitleg van een overeenkomst tot het verrichten van arbeid, alsmede in hoeverre de Hoge Raad het systeem van ‘inbedding’ zoals door de A-G (De Bock) beschreven in haar conclusie behorende bij het Participatieplaats-arrest, zou overnemen en nader zou uitwerken.

In r.o. 3.2.6 van het Deliveroo-arrest vermeldt de Hoge Raad nadrukkelijk dat het onderwerp inzake het rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst de aandacht heeft van de Nederlandse en Europese wetgever en hij daarom op dit moment geen aanleiding ziet voor rechtsontwikkeling ter zake van dit onderwerp. De Hoge Raad wil de wetgever klaarblijkelijk niet voor de voeten lopen. Dat is ook begrijpelijk in dit dossier, want de rechtsvormende taak van de Hoge Raad kan natuurlijk niet op de wetgever vooruitlopen, maar slechts hiaten opvullen.

De Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA) heeft niet gebracht wat ervan kon worden verwacht en de vervanger van deze wet laat maar op zich wachten. Dat de Hoge Raad de bal nu bij de wetgever

* Mr. dr. A.H. Lamers is als universitair docent verbonden aan de Open Universiteit.

1 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (Deliveroo).

2 RSV 2023/62.

3 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, RSV 2020/12, m.nt. A.H. Lamers (Participatieplaats).

laat liggen als het gaat om de grote vraag of er een soort van tussenvorm tussen de arbeidsovereenkomst en ondernemerschap kan bestaan⁴ en, zo ja, hoe deze mensen dan sociaal zijn verzekerd of niet, is niet verwonderlijk. In het arrest van 24 maart 2023 (Deliveroo, dat in deze bijdrage wordt besproken) houdt de Hoge Raad vast aan de ingezette lijn dat ondernemerschap echt stevig moet worden bewezen. Dat is een goede zaak, want zzp'ers aan de onderkant van de inkomensgrenzen zijn maar zelden echt (of 'voldoende') ondernemer en zijn niet zelden slecht af als het gaat om sociale zekerheid. Bovendien zou dat de deur openen naar minder bescherming voor 'werknemers' en dat is de bedoeling van de wetgever nooit geweest.

2. Juridisch kader

Sinds de introductie van het begrip 'zelfstandige zonder personeel' (zzp'er) aan het einde van de vorige eeuw hebben de pogingen van partijen om te ontsnappen aan het regime van de combinatie van de artikelen 7:610 en 7:400 lid 2 BW een vlucht genomen. Naar mijn idee komt dat mede doordat het zzp-begrip suggereert dat er een vorm van arbeidsrelatie tussen partijen kan bestaan die min of meer het midden houdt tussen een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW en een overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 lid 1 BW (ondernemer). Daarbij dient te worden opgemerkt dat die zzp'er zich niet exact midden in dat juridische krachtenveld bevindt, maar iets meer aan de zijde van de ondernemer. Het is meer dat de zzp'er een ondersoort van de 'ondernemer' zou zijn.

De jure is deze opvatting het zzp-begrip betreffende onjuist. De combinatie van de artikelen 7:610 en 7:400 lid 2 BW is helder. Als er sprake is van het onderscheidende trio 'gezag-arbeid-loon', dan is er sprake van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW en dat kan niet worden ontweken door nadrukkelijk een overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 BW te sluiten en in die schriftelijke overeenkomst het bestaan van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW uit te sluiten.

Hoe partijen een overeenkomst ook benoemen en wat zij in de overeenkomst ook uitsluiten, indien in de praktijk aan de criteria 'gezag-arbeid-loon' wordt voldaan, is er sprake van een arbeidsovereenkomst, met alle gevolgen van dien. Dit wordt ook wel 'substance over form' genoemd. Dat is ook bepaald niet onlogisch, want het arbeidsrecht is overwegend van dwingend recht omdat het een beschermend karakter heeft. Ondergetekende heeft grote moeite met het begrip zzp'er, omdat dit begrip wellicht iets suggereert wat er niet is. Een overeenkomst tot het verrichten van werk is een arbeidsovereenkomst, en als het dat niet is (zie artikel 7:400 lid 2 BW), dan is het een overeenkomst van opdracht.

⁴ Zoals bijv. de 'worker' in het Engelse recht.

3. Het arrest Deliveroo

Wat ook zij van het voorgaande, als het gaat om de terminologie moet volgens de A-G (De Bock) die concludeerde in het hiervoor reeds genoemde arrest Participatiplaats, op holistische wijze worden getoetst aan de volgende indicatoren als het gaat om de vraag of een overeenkomst dient te worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst of als overeenkomst van opdracht.⁵

Deze indicatoren zijn:

- de aard en duur van de werkzaamheden;
- de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald, 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;
- het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren;
- de wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen is tot stand gekomen;
- de wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd;
- de hoogte van deze beloningen, en de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt.

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 waarvoor hij werkt of heeft gewerkt en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt.

De Hoge Raad heeft deze indicatoren overgenomen in zijn Deliveroo-arrest en komt al in r.o. 2 ter zake met betrekking tot voorgaande checklist. Op die plaats volgt een opsomming van feiten in de zaak die als het gaat om de vraag of zij duiden op werknemerschap of ondernemerschap, alle in de richting van werknemerschap wijzen. Hierna wordt de wijze waarop de Hoge Raad de feiten (holistisch) toetst aan voornoemde indicatorenlijst uitgewerkt en voorzien van commentaar door ondergetekende, zodat een goed beeld ontstaat van de wijze waarop de Hoge Raad de verschillende afwegingen maakt:

- De bezorgers werkten aanvankelijk op basis van een arbeidsovereenkomst, later werkten dezelfde en andere bezorgers op basis van een overeenkomst van opdracht. Deze indicator wijst er duidelijk op dat er toevlucht is gezocht in een 'constructie'. Een dergelijke constructie moet alsdan wel heel stevig zijn en dat is zoals uit het navolgende zal blijken niet het geval.
- Deliveroo stelde namens de bezorgers de aan Deliveroo gerichte facturen op. Een (echte) ondernemer houdt zelf de administratie bij, een belangrijk on-

⁵ Zie ook de conclusie van het parket van 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578.

- derdeel daarvan is het genummerde facturenboek. Een opdrachtgever die de facturen voor de opdrachtnemer opstelt, is onwettelijk en bevestigt juist dat de opdrachtnemer afhankelijk is van de opdrachtgever, hetgeen op zich een sterke indicator voor werknemerschap is.
- Deliveroo wijzigde de hoogte van de betaling per afgeleverde bezorging in de loop van de tijd eenzijdig. Het is de ondernemer/opdrachtnemer die de prijs voor de diensten bepaalt, niet de opdrachtgever. Andersom is het wel de werkgever die de hoogte van het loon vaststelt. Ook deze indicator valt zwaar naar de zijde van het werknemerschap.
 - Bezorgers konden zich weliswaar laten vervangen, maar dat kon niet op permanente basis, slechts incidenteel. Het zich kunnen laten vervangen is weliswaar een ondernemerskenmerk, maar in deze zaak was deze vervangingsmogelijkheid door de opdrachtgever zeer beperkt. Deze kwestie wordt hierna nader uitgewerkt, omdat ze bij de beoordeling van het middel als onderdeel van 'vrijheid' meer uitgebreid door de Hoge Raad is behandeld. Wel dient op deze plaats nog te worden opgemerkt dat het creëren van een 'mogelijkheid' om zich te kunnen laten vervangen een slechte poging is om een typisch ondernemerskenmerk in een overeenkomst tot het verrichten van arbeid te 'sleutelen' en daarmee te proberen om te doen voorkomen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.
 - De bezorgers ontvingen een automatische tweewekelijkse betaling. Ook automatische betalingen van de zijde van de opdrachtgever zijn een typisch werkgeverskenmerk. Dit sluit aan bij het hiervoor besproken feit dat de opdrachtgever ook de facturen opstelde. Ook deze combinatie is een overduidelijke 'constructie' om te doen voorkomen alsof er sprake is van ondernemerschap. Dat is op deze wijze kansloos. Een ondernemer krijgt pas geld als hij dat factureert aan de opdrachtgever en niet 'automatisch'.
 - De individuele bezorgers hebben geen invloed op de hoogte van het 'loon'. Deze omstandigheid sluit aan bij het hiervoor besproken feit dat de opdrachtgever eenzijdig de hoogte van het 'loon' bepaalt. Deze indicator wijst op heldere wijze naar werknemerschap.
 - Ruim twee derde van de bezorgers is door het weinige aantal uren per week alsmede de lage inkomsten ook geen ondernemer in fiscale zin (omzetbelasting en inkomstenbelasting; TL). Hoewel fiscaal ondernemerschap iets anders is dan civiel ondernemerschap, wijst deze indicatie wel in de richting van het werknemerschap, zeker als de opdrachtnemer/werknemer maar één opdrachtgever heeft, die ook nog eens de hele administratie voor de 'opdrachtnemer' doet.
 - De vrijheid om te mogen kiezen voor de eigen route. Dit is een buitengewoon betrekkelijke vrijheid. De Hoge Raad geeft zelf het voorbeeld van de vrachtwagenchauffeur in loondienst, die bepaalt in het overgrote deel van de gevallen ook zijn eigen route. De Hoge Raad voegt er overigens aan toe dat deze 'vrijheid' (zoals blijkt uit voorgaand voorbeeld) niet onverenigbaar is met de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst.
 - Het verrichten van de 'gewone' bedrijfsarbeid kan duiden op een gezagsverhouding. Het feit dat een opdrachtnemer werkzaamheden verricht die de kern vormen van de gewone bedrijfsactiviteit, is wat mij betreft een sterke indicator voor de kwalificatie van de overeenkomst als arbeidsovereenkomst, omdat deze als het gaat om de inbedding van de werkzaamheden centraal staat in de bedrijfsactiviteiten. Bij Deliveroo is 'bezorgen' de kernactiviteit die ten grondslag ligt aan het verdienmodel.
 - De inhoud van de contracten en de wijze waarop de werkzaamheden werden verricht, werden door Deliveroo eenzijdig gewijzigd. Een typisch kenmerk van de relatie opdrachtgever-opdrachtnemer is dat de overeenkomst tussen partijen op basis van aanbod en aanvaarding tot stand komt. Partijen zijn daarin gelijkwaardig. Strikt genomen is dat natuurlijk ook het geval als een arbeidsovereenkomst wordt gesloten, maar daar zit niet zelden weinig ruimte omdat dat soort overeenkomsten niet zelden wordt beheerst door cao's en veel dwingend recht. Wat daar ook van zij, als een van beide partijen, in dit geval de sterke partij (opdrachtgever/werkgever), de overeenkomst eenzijdig kan wijzigen, dan is van een 'vrije opdrachtnemer' geen sprake en daarom wijst ook deze omstandigheid in de richting van het werknemerschap.
 - Van een bezorger wordt, zodra deze met de verplichte app voor de werkzaamheden is ingelogd, de gps-locatie voortdurend bijgehouden. Deze moderne technologie wordt steeds vaker toegepast bij ondernemingen die vervoers- of bezorgdiensten aanbieden. De werkgever kan dan altijd zien waar betreffende medewerker met eventueel voertuig zich bevindt om snel op de vraag uit de markt te kunnen inspringen. Zo kunnen transporteurs hun auto's volgen en bijvoorbeeld effectief ladingen oppikken langs de route. Ook deze indicatie wijst op werknemerschap, omdat het aansluit bij de kernactiviteit van de onderneming. Daar komt nog bij dat het nauwelijks voorstelbaar is dat een opdrachtnemer zich door zijn opdrachtgever wil laten 'volgen' met een gps systeem.
 - De bezorgers moeten herkenbaar zijn als bezorgers van Deliveroo en de restaurants, alsmede de klanten die het eten bezorgd krijgen zien als gevolg daarvan de bezorgers ook als onderdeel van Deliveroo en niet als zelfstandigen. Ook deze omstandigheid wijst helder naar werknemerschap. Een echte ondernemer heeft eigen bedrijfskleding waarmee hij zijn onderneming zichtbaar maakt.
 - Klanten kunnen bij Deliveroo klagen over een bezorger. Deze indicator wijst, hoewel niet echt sterk, toch ook in de richting van werknemerschap. Hij dient wel te worden gelezen in combinatie met de voorgaande. Van de bezorgers werd verwacht dat zij zich identificeren met Deliveroo. Dan is het logisch

dat ook bij Deliveroo kan worden geklaagd over de bezorgers. Als ik iets bestel bij een webwinkel en de wijze van bezorgen door bezorgbedrijf X c.q. het gedrag van de bezorger bevalt me niet, dan zal ik waarschijnlijk niet klagen bij de webwinkel maar bij bezorgbedrijf X.

- Het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610a BW is van toepassing omdat de bezorgers langer dan drie maanden meer dan twintig uur per week werken (voor Deliveroo). Deze indicator behoeft geen toelichting, omdat hij rechtstreeks uit de wet is overgenomen en als indicator van werknemerschap dient te gelden.
- Deliveroo heeft voor de bezorgers (en betaalt deze ook) een ongevallenverzekering afgesloten. Deze verzekering dekt ongevallen en schade opgelopen tijdens de werkzaamheden. De verzekering dekt ook gederfde inkomsten. Als er één ding is dat sterkt wijst op werknemerschap, is dat wel dat de ‘werk gevende’ partij een verzekering afsluit die opgelopen en veroorzaakte schade tijdens de overeengekomen werkzaamheden ten gunste van de ‘werk nemende’ partij dekt.
- Bezorgers verdienen € 11 tot € 13 per uur, dat is ruim onvoldoende om als zelfstandige een arbeidsongeschiktheidsverzekering (en voorzieningen voor andere omstandigheden) af te sluiten. Deze indicator is, voor zover ondergetekende de jurisprudentie overziet, nieuw, maar wel begrijpelijk. Echt ondernemerschap verlangt dat de ondernemer ook voorzieningen schept voor slechte tijden in de breedste zin van het woord. Dergelijke verzekeringen zijn duur. Van een loon van € 13 per uur is dat onmogelijk.
- De door Deliveroo aangereikte algemene modelovereenkomsten ‘geen werkgeversgezag’ van de Belastingdienst zien slechts op fiscale aangelegenheden en niet op rechten en plichten die voor de civiele kwalificatie van een arbeidsovereenkomst van belang zijn. Hiervoor is al opgemerkt dat fiscaal ondernemerschap iets anders is dan civiel ondernemerschap. De modelovereenkomsten van de Belastingdienst zien alleen op het fiscale ondernemerschap, waarbij dient te worden opgemerkt dat het fiscale recht niet kan zien op een constituerende regeling die vaststelt of er sprake is van werknemerschap of niet. Het fiscale recht dient op grond van de wet eigenlijk ter zake het civiele recht te volgen, getuige artikel 1 Wet op de loonbelasting.
- Dat volgens Deliveroo een groot deel van de bezorgers de voorkeur geeft aan een overeenkomst van opdracht boven een arbeidsovereenkomst is niet van belang, omdat het partijen niet vrij staat de kwalificatie van een overeenkomst te bepalen. Dit is het ‘partijbedoelingargument’ uit het arrest Groen/Schoevers uit 1997, waarmee de Hoge Raad in zijn hiervoor reeds vermelde arrest van 16 november 2020 (Participatieplaats) al heeft afgerekend. De wens of bedoeling van partijen doet er nauwelijks toe als het gaat om de vraag hoe een overeenkomst

inzake een arbeidsrelatie dient te worden gekwalificeerd.

4. De bal ligt bij de wetgever

Zoals hiervoor reeds enkele keren aangegeven, poogde Deliveroo door het opnemen van typische ondernemerskenmerken in de schriftelijke overeenkomst te doen voorkomen alsof de bezorgers als vrije ondernemers bezorgdiensten voor Deliveroo uitvoerden. Dat is een slechte poging om de werkelijkheid te omzeilen en daarmee weg te duiken voor de vele zorgplichten van de werkgever voor de werknemer. Zoals ook hiervoor vermeld, zijn deze plichten van de werkgever jegens de werknemer bepaald niet gering en het is goed te begrijpen dat werkgevers in ‘vechtmarkten’ pogen weg te duiken voor de grote gevolgen van het hebben van ‘personeel’. Het systeem van sociale zekerheid is echter gebouwd op solidariteit en dus kan niet worden getolereerd dat bepaalde deelnemers aan het economisch verkeer niet meedoen aan het systeem.

Het huidige recht zoals vastgelegd in de combinatie van artikel 7:610 BW jo. artikel 7:400 lid 2 BW is te omschrijven als ‘nagenoeg gesloten’. Door de ongelukkige uitspraak in het arrest Groen/Schoevers⁶ van 1997 heeft het mede kunnen gebeuren dat zoiets als ‘partijbedoeling’ er de oorzaak van is geweest dat de niet-juridische figuur van de zzp’er zich heeft kunnen ontwikkelen.

De bal ligt nu bij de wetgever. Het heeft veel te lang geduurd sinds de ongelukkige uitspraak in het Groen/Schoevers-arrest en de uitspraak van de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest, waardoor de ‘zzp-cultuur’ heeft kunnen ontstaan. Dit behoeft enige toelichting. In de zaak Groen/Schoevers was het de heer Groen die poogde de voordelen van zowel het ondernemerschap als het werknemerschap te combineren. Groen was van beroep boekhouder en doceerde daarnaast aan het Schoevers instituut (voor de opleiding van secretariael ondersteuners). Het kwam hem fiscaal beter uit om die werkzaamheden als zzp’er te verrichten, maar toen Groen na enkele jaren dienstverlening werd bedankt voor zijn diensten kwam het hem, met het oog op ontslagbescherming en het eventueel verkrijgen van een WW uitkering, ineens beter uit om werknemer te zijn. De Hoge Raad heeft (naar mijn mening) daarom destijds de aanvankelijke partijbedoeling willen laten prevaleren om de werkwijze van Groen te blokkeren. Dat de introductie van de partijbedoeling in deze zaak een geheel eigen leven is gaan leiden, heeft de Hoge Raad mijns inziens destijds niet overzien.

6 HR 17 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149, RvdW 1997/231 (Groen/Schoevers).

5. Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties

De wetgever heeft met de (huidige) Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties een mislukte poging gedaan om duidelijkheid te verschaffen in gevallen waarin duidelijk moet worden of er in een arbeidsrelatie sprake is van werknemerschap of niet. De oorspronkelijke bedoeling van die wet was het beter in balans brengen van de verantwoordelijkheden van opdrachtnemer en opdrachtgever, zodat schijnzelfstandigheid kan worden teruggedrongen.⁷ Deze wet werkt niet, mede omdat de primaire beoordeling door het gebruik van modelovereenkomsten bij de fiscus is komen te liggen en dat is onjuist. Het fiscale recht behoort, getuige artikel 1 Wet op de loonbelasting, immers het civiele recht te volgen, want de fiscus moet acteren op de feitelijke civiele omstandigheden als het gaat om belastingheffing en niet andersom: de fiscus kan op basis van een gesloten modelovereenkomst niet bepalen wat de civiele rechtsverhouding tussen partijen is. Bovendien is het huidige systeem buitengewoon fraudegevoelig, omdat partijen wederom min of meer zelf kunnen ‘kiezen’ als het gaat om de aard van de arbeidsrelatie, hetgeen ook nog eens wordt versterkt doordat de modelovereenkomsten worden verschaft door de overheid zelf (Belastingdienst).

Momenteel ligt een nieuwe wet voor, het Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden.⁸ Het wetsvoorstel voorziet in meerdere leden in te voegen bij artikel 7:610 BW die nadere uitleg geven aan het trio ‘gezag-arbeid-loon’. Zo dient er sprake te zijn van (a) werkinhoudelijke aansturing door de werkgever, (b) arbeid die inhoudelijk is ingebed in de organisatie van de werkgever, en (c) kan het niet zo zijn dat de werknemer de arbeid voor eigen rekening en risico verricht. Ook is voorzien in een algemene maatregel van bestuur teneinde deze nieuwe begrippen in de wet nader uit te leggen en/of vast te stellen, en de wijze waarop de arbeidsrelatie nader beoordeeld dient te worden. Deze voorgestelde ingreep sluit aan bij de huidige rechtsontwikkeling zoals deze haar weerslag heeft gevonden in de Deliveroo-zaak. Dat lijkt een goede zaak, want alle voortdurende pogingen van partijen om het trio ‘gezag-arbeid-loon’ anders uit te leggen dan bedoeld, worden hiermee beduidend beperkt.

In het wetsvoorstel is ook voorzien in de toevoeging van artikel 7:610aa BW. Dat artikel geeft een rechtsvermoeden dat iemand die werkt onder een uurloon van € 32,24 wordt vermoed deze arbeid in dienstbetrekking te verrichten. De bedoeling van deze rechtsregel is het in bescherming nemen van de mensen die een klein inkomen hebben, met daarachter de gedachte dat zij het meeste belang hebben bij sociale zekerheid. Hoe nobel ook bedoeld, slaat dit de plank geheel mis. Het gaat er niet om hoeveel een persoon verdient als het de vraag betreft of hij ondernemer is of niet, maar om de hiervoor genoem-

de ‘inbedding’ en het spiegelbeeld daarvan, namelijk of een persoon die ondernemer is zijn economisch functioneren heeft ingericht als ‘ondernemer’ en dus een eigen administratie voert, aan acquisitie doet, zich verzekert en wellicht een eigen pensioen heeft geregeld. Ondernemerschap is niet iets wat een mens overkomt, maar waar hij zijn carrière naar inricht, want een ondernemer krijgt als het gaat om fiscale en civiele regelgeving heel wat op zich af waarvoor hij zelf verantwoordelijk is. Lang geleden was er het zogenoemde middenstandsdiploma. Om ondernemer (destijds meestal winkelier) te kunnen zijn moest men gekwalificeerd zijn. Het gaat momenteel veel te ver om in de huidige economie enige belemmeringen op te werpen om ondernemer te kunnen zijn, maar als iemand overweegt ondernemer te worden is het thema wel ‘bezint eer ge begint’.

6. Het Europese perspectief

Dan is er het Europese perspectief. Momenteel ligt een conceptrichtlijn betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk voor.⁹ Volgens de toelichting bij dit voorstel (p. 2) zouden 5,5 miljoen mensen die via een digitaal platform werken het risico lopen dat hun arbeidsstatus verkeerd wordt gekwalificeerd. De conceptrichtlijn geeft in artikel 4 lid 2 de volgende rechtsvermoedens als het gaat om de norm ‘gezag’ (uit het trio ‘gezag-arbeid-loon’):

- Het niveau van de vergoeding wordt daadwerkelijk bepaald of er worden bovengrenzen vastgesteld.
- De persoon die het platformwerk verricht, wordt verplicht specifieke bindende regels in acht te nemen met betrekking tot het uiterlijk, het gedrag ten aanzien van de afnemer van de dienst of de uitvoering van het werk.
- Er wordt toezicht gehouden op de uitvoering van het werk of de kwaliteit van de resultaten van het werk wordt geverifieerd.
- De vrijheid om het werk te organiseren wordt daadwerkelijk beperkt – onder meer door sancties –, met name de vrijheid om zelf de arbeidstijd of perioden van afwezigheid te kiezen, om taken te aanvaarden of te weigeren, of om gebruik te maken van onderaannemers of vervangers in te schakelen.
- De mogelijkheid om een klantenbestand op te bouwen of werk voor derden uit te voeren wordt daadwerkelijk beperkt.

Het moge helder zijn dat deze gezichtspunten alle op werknemerschap wijzen. Wel merkwaardig is dat deze regeling alleen op platformarbeid ziet, alsof alleen daar het probleem aan de orde is dat werkgevers pogen te ontsnappen aan de geldende arbeidsrechtelijke regels. Dat is een gemiste kans en zal nog reden zijn voor toekomstige juridische conflicten, want zal de wetgever

7 Kamerstukken II 2014/15, 34036, nr. 3, p. 1.

8 Kamerstukken II 2022/23, 31311, nr. 2.

9 COM(2021) 762.

deze richtlijn alleen vertalen naar nationale wetgeving als het gaat om platformarbeid of zal de wetgever deze richtlijn breder vertalen en zo niet, hoe zal de rechtspraak daar dan in wringende situaties mee omgaan? Het is buitengewoon ongelukkig dat de Europese wetgever de regeling beperkt tot platformarbeid, terwijl de problematiek die het beoogd op te lossen veel breder speelt.

Het valt wel op dat de Europese regeling goed aansluit bij de holistische benadering die hiervoor is besproken en de daarbij behorende criteria, en dat in deze regeling afscheiding wordt gezocht van ‘ondernemerschap’, waarbij vooral ad c interessant is. Het spreekt voor zich dat een opdrachtgever de kwaliteit van het werk van zijn opdrachtnemer belangrijk vindt en dat als deze kwaliteit onvoldoende is, de opdrachtgever dan afscheid kan nemen van de opdrachtnemer, maar dat een opdrachtgever actief per individuele prestatie de kwaliteit daarvan monitort en daarop wenst bij te sturen gaat te ver en is een typisch kenmerk voor werknemerschap.

Als men de gezichtspunten van de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest, het Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden én de richtlijn betreffende verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk naast elkaar legt, dan valt op dat de vier volgende criteria gemene gezichtspunten zijn:

- a. de hoogte van de betaling voor de arbeid;
- b. inhoudelijke aansturing;
- c. inbedding in de gewone bedrijfsactiviteiten, en
- d. de werker verricht de werkzaamheden niet voor eigen rekening en risico.

Daarbij dient te worden opgemerkt dat de criteria ad b en c wat ondergetekende betreft dicht bij elkaar liggen. Als vanzelfsprekend worden de gewone bedrijfsactiviteiten inhoudelijk op directe wijze aangestuurd als was het alleen al om de kwaliteit van de werkzaamheden te kunnen borgen en de bedrijfseconomische processen effectief en efficiënt te kunnen uitvoeren.

7. Conclusie(s)

Maar zijn uitspraak in het Deliveroo-arrest lijkt het dat de Hoge Raad de Groen/Schoevers-doctrine heeft verlaten. De vraag is nu of deze rechtsontwikkeling tijdig is geweest. Het begrip ‘zzp’er’ is inmiddels zo ingeburgerd en wordt ook door de overheid zo frequent gebruikt dat het een eigen leven is gaan leiden. Nogmaals, het zzp-begrip heeft in het arbeidsrecht geen enkele juridische basis en is bovendien intrinsiek onzinnig, omdat het er met betrekking tot de vraag of iemand zelfstandig (lees: ondernemer) is niet toe doet of deze wel of geen personeel heeft. Het lijkt niet eenvoudig om die geest weer in de fles te krijgen.

De rechtsontwikkeling die de Hoge Raad nu voorstaat, namelijk dat werkaanbieder en werkuitvoerder nauwelijks vrije keus hebben als het gaat om de vraag hoe zij zich juridisch tot elkaar verhouden, was nodig om het

systeem van artikelen 7:610 en 7:400 lid 2 BW overeind te houden schept hoop. Op de langere termijn is er meer nodig. Het is goed dat de wetgever nu met een voorstel komt om ook in de wet tot een nadere inkadering te komen, die bovendien goed aansluit bij de Europese ontwikkelingen. Het komt erop aan of de toekomstige ministers op juiste wijze invulling geven aan de algemene maatregel van bestuur zoals bedoeld in artikel 7:610 lid 4 van het Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden. Daarmee kan de minister nadere regels stellen met betrekking tot de vraag wanneer sprake is van werkinhoudelijke aansturing door de werkgever, organisatorische inbedding en het verrichten van arbeid voor eigen rekening en risico. Dan heeft de minister in ieder geval een instrument om bij te sturen als in het werkveld weer muizengatjes worden gevonden om wellicht te kunnen ontsnappen aan het regime van artikel 7:610 BW.

Of dit systeem van artikel 7:610 BW op de langere termijn stand kan houden, is een kwestie van politieke keuzes. Als de Nederlandse wetgever ervoor kiest om de sociale zekerheid aan het werknemerschap te blijven koppelen, dan zal solidariteit het uitgangspunt moeten blijven en dat vereist een enigszins rigide systeem van scheiding van ondernemerschap en werknemerschap.

De contractenrechtelijke praktijk kan door invoering van het wetsvoorstel en het nader invulling geven aan de voornoemde richtlijn alsmede het nader uitwerken van de algemene maatregel van bestuur alleen maar ‘rustiger’ worden. Sinds de hiervoor besproken arresten van de Hoge Raad is meer helder dat het simpelweg ontkennen van een gezagsrelatie in een overeenkomst tot het verrichten van arbeid tot de verleden tijd behoort als het gaat om het voorkomen dat de overeenkomst kan worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Als ook de nieuwe wet ingevoerd gaat worden en de algemene maatregel van bestuur passend wordt uitgewerkt waarmee aansluiting kan worden gezocht bij de richtlijn, moet het mogelijk zijn het systeem van enerzijds arbeidsovereenkomst en anderzijds overeenkomst van opdracht voldoende zuiver te houden.