

23

Maaltijdbezorgers Deliveroo werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst

Kantonrechter Rechtbank Amsterdam
15 januari 2019, nr. 7044576 CV EXPL
18-14763, ECLI:NL:RBAMS:2019:198
(mr. Van Buitenen)

Noot mr. M. Jovovi, mr. dr. J.P.H. Zwemmer, deze noot heeft betrekking op «JAR» 2019/23 en «JAR» 2019/24

Procedure FNV-Deliveroo. Bezorgers werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst, geen opdrachtovereenkomst.

[BW art. 3:305a, 7:400, 7:405, 7:610, 7:659]

Deliveroo exploiteert een digitaal platform waarop restaurants gekoppeld worden aan klanten. Vanaf september 2015 heeft Deliveroo bezorgers in dienst gehad op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Per 1 februari 2018 heeft Deliveroo besloten met de bezorgers alleen nog overeenkomsten van opdracht aan te gaan. Hierbij vindt betaling plaats op basis van facturering. Er wordt betaald per afgeleverde bezorging, waarbij de hoogte wisselt. In onderhavige procedure vordert FNV een verklaring voor recht dat de overeenkomsten tussen Deliveroo en haar bezorgers nog steeds arbeidsovereenkomsten zijn. De kantonrechter acht FNV ontvankelijk in haar collectieve actie op grond van art. 3:305a BW. Aan de partijbedoeling, zoals weergegeven in de contracten tussen Deliveroo en haar bezorgers, kan geen doorslaggevende betekenis worden gehecht, zeker niet voor de bedoeling van de bezorger, nu sprake is van een standaardcontract dat volledig en eenzijdig door Deliveroo is opgesteld en niet onderhandelbaar is. De aard van het werk en de rechtsverhouding tussen partijen zijn sinds begin 2018 niet zodanig veranderd dat niet langer

sprake is van het verrichten van arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst. Het gaat nog steeds om arbeid die behoort tot de organisatie van Deliveroo. Als er gewerkt wordt is er onverminderd sprake van een gezagsrelatie. Dat algemene aanwijzingen vooraf zijn gegeven en niet concreet telkens bij het werk, maakt dit niet anders nu het gaat om eenvoudig ongeschoold standaardwerk, waar weinig andere aanwijzingen denkbaar zijn dan nu vastgelegd. Door de digitale systemen die Deliveroo gebruikt, is in de praktijk de vrijheid van de bezorgers minder groot dan op papier. Zij kunnen weliswaar zelf bepalen of ze een opdracht aannemen, maar weigeren of minder vaak beschikbaar zijn, werkt in hun nadeel bij het toebedeeld krijgen van toekomstige opdrachten en het behalen van bonussen. Verder is er weinig tot geen ruimte voor onderhandelingen over het tarief. De bepaling dat bezorgers zich kunnen laten vervangen, is in de praktijk inhoudsloos, omdat het moment tussen het aannemen van een bezorgopdracht en het uitvoeren daarvan zo kort is dat vervanging niet aan de orde is. Al met al is de conclusie dat nog steeds sprake is van een arbeidsovereenkomst. De afhankelijkheid van Deliveroo weegt zwaarder dan de zelfstandigheid van de bezorger.

NB. In de individuele zaak van een bezorger tegen Deliveroo oordeelde de kantonrechter dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst, maar dat had ook te maken met de specifieke kenmerken van die zaak («JAR» 2018/189, m.nt. Wiewel en Van Slooten). Gelijktijdig met deze uitspraak heeft de kantonrechter ook geoordeeld dat de CAO Beroepsgoederenvervoer van toepassing is op het werk van de bezorgers («JAR» 2019/24).

De rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging Federatie Nederlandse Vakbeweging te Utrecht, eiseres, nader te noemen: FNV, gemachtigde: mr. P.L.J. Bosch, tegen de besloten vennootschap Deliveroo Netherlands BV te Amsterdam, gedaagde, nader te noemen: Deliveroo, gemachtigde: mr. M.M. Govaert.

Verloop van de procedure (...; red.)

Gronden van de beslissing

Feiten

1. Als gesteld en niet (voldoende) weersproken staat het volgende vast:

1.1. Deliveroo is in juni 2015 in Nederland begonnen met haar activiteiten. Via een digitaal platform worden onafhankelijke restaurants middels een bestel- en betaalsysteem gekoppeld aan klanten. Deliveroo biedt daarbij een online maaltijdbestelsysteem, een onlinebetaalsysteem en een bezorgdienst aan de restaurants.

1.2. Met ingang van september 2015 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 1 uur en een maximum van 160 uur per maand. Betaling vond plaats overeenkomstig het wettelijk (jeugd)minimumloon.

1.3. De werknemer was volgens het arbeidscontract en de Huisregels verplicht minimaal één shift in het weekend en één avondshift per week te werken. Er waren diensten van 3, 4 of 5 uur gelegen tussen 11.00 uur en 22.30 uur. De werknemer diende voor een bepaalde deadline zijn beschikbaarheid aan te geven. Hij was in de hem toegevozen shift verplicht om gehoor te geven aan een oproep. Voor zover er onvoldoende aanmeldingen waren voor een dienst, kon daarop ook later worden ingeschreven. Tijdens de shift moest de werknemer maaltijden bij diverse restaurants ophalen op zijn eigen vervoermiddel (een fiets) en naar door Deliveroo opgegeven adressen vervoeren. Drie keer geen gehoor geven aan een oproep, zou ingevolge de arbeidsovereenkomst een dringende reden voor ontslag op staande voet tot gevolg hebben. Tijdens zijn werkzaamheden diende de werknemer gekleed te zijn in Deliveroo kleding en de maaltijden te vervoeren in een Deliveroo thermobox. Het was de werknemer niet toegestaan om voor andere (etenswaren)bezorgdiensten te werken. Hij moest zelf zorgen voor een smartphone of tablet om in te loggen op het bezorgsysteem van Deliveroo.

1.4. Per februari 2018 heeft Deliveroo besloten de arbeidsovereenkomsten met de bezorgers niet meer te verlengen. Bezorgers werken thans alleen nog op basis van een overeenkomst van opdracht, een zogeheten partnerovereenkomst. In de partnerovereenkomst (hierna de overeenkomst) is opgenomen dat de bezorger zich als ondernemer

moet inschrijven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel en over een BTW nummer moet beschikken. Betaling vindt plaats per afgeleverde bezorging, waarbij de hoogte wisselt, en op basis van facturering. De overeenkomst kan door de bezorger direct worden opgezegd en voor Deliveroo geldt een opzegtermijn van een week.

1.5. Bezorgers maken gebruik van een app (hierna de Rider-app) om op hun telefoon bestellingen te ontvangen. Een bezorger kan via deze app inloggen en kiezen of, wanneer, waar en voor hoe lang hij wil werken. Onderdeel van die app is de self-service booking tool (SSB). In de SSB kan de bezorger sessies reserveren of gereserveerde sessies annuleren. Ook kan hij op elk gewenst moment inloggen zonder vooraf gereserveerd te hebben. Hij kan ook besluiten in het geheel niet in te loggen tijdens een gereserveerde sessie (een “no-show”), later in te loggen (een “late log in”) of tijdens een sessie vroegtijdig uit te loggen (een “early log out”). Een bestelling kan geweigerd worden, waarvoor in het systeem een van de volgende redenen kan worden opgegeven: restaurant te ver weg, restaurant wachttijd, wegen gesloten, fiets/ autopech/fietspech of einde beschikbaarheid nu.

1.6. Deliveroo maakt bij de toedeling van de bezorging van maaltijden gebruik van een algoritme, genaamd “Frank”. Maaltijdbezorgers die de overeenkomst hebben gesloten (hierna: bezorgers) kunnen via deze app inloggen en zich meteen beschikbaar melden en/of toekomstige tijdvakken reserveren in een gebiedszone waarin zij willen gaan werken voor Deliveroo. De verschillende steden, waarin Deliveroo haar diensten aanbiedt, zijn ingedeeld in deze gebiedszones. Verder kunnen de bezorgers via de app chatten met (een medewerker van) Deliveroo wanneer zij problemen hebben met het afleveren van bestellingen. Een door Deliveroo op de app aangeboden bestelling, mag door een bezorger te allen tijde worden geweigerd. Als niet van te voren een tijdvak is gereserveerd, is het mogelijk dat op het moment dat wordt ingelogd geen bestellingen worden aangeboden, omdat het desbetreffende tijdvak in die zone reeds is volgeboekt door andere bezorgers.

1.7. Er geldt binnen Deliveroo in het huidige systeem, evenals het geval was toen nog werd gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst, een bonus afhankelijk van het aantal bezorgingen in een periode van 14 dagen. De hoogte van de bonus verschilt per periode en per bezorggebied,

maar houdt in ieder geval in dat hoe hoger het aantal bezorgingen in een bepaalde periode is, hoe hoger de bonus.

1.8. Voordat bezorgers (of hun vervangers) als zelfstandige kunnen beginnen bij Deliveroo moeten zij een aantal instructiefilms van Deliveroo hebben bekeken.

1.9. Volgens het contract kunnen bezorgers zich laten vervangen om de bestellingen 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.

1.10. Het materiaal levert de bezorger zelf, in ieder geval een smartphone en het vervoermiddel (een fiets, motorfiets, auto of scooter). Het benodigde door de bezorger aan te schaffen materieel, waaronder een box voor vervoer van eten/drinken, dient te voldoen aan Deliveroo's veiligheidsvoorschriften.

Vordering

2. FNV vordert, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, primair een verklaring voor recht dat de rechtsverhouding tussen Deliveroo en haar bezorgers, in afwijking van de partijafpraak, is aan te merken als een arbeidsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 7:610 (lid 1) van het Burgerlijk Wetboek (hierna BW) en subsidiair – voor het geval de overeenkomst zowel voldoet aan de omschrijving van de arbeidsovereenkomst als aan de opdracht – dat de bepalingen van de arbeidsovereenkomst op de voet van het tweede lid van artikel 7:610 van toepassing zijn, zoals geregeld in Boek 7, Titel 10 van het BW, een en ander met veroordeling van Deliveroo in de proceskosten.

3. FNV stelt hiertoe, kort en zakelijk weergegeven, allereerst dat zij op grond van haar statuten tot doel heeft de belangen van haar leden en andere werkenden te behartigen, een en ander in brede zin en dat zij als zodanig actief is in onder andere de sector transport en logistiek, waar FNV CAO's afsluit en toeziet op de naleving daarvan.

4. Verder stelt zij dat de situatie onder de huidige partnerovereenkomsten niet wezenlijk verschilt van de situatie onder de arbeidsovereenkomsten waar het gaat om de gezagsrelatie en de beloning. De gemiddelde duur van de opdrachten (langer dan 3 maanden en meer dan 20 uur per maand) wettigen het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Het recht op vervangend bestond ook gedurende de arbeidsover-

eenkomsten en heeft overigens door het mogen weigeren van een bestelling geen waarde. Er kan geen sprake zijn van een overeenkomst van opdracht, nu artikel 7:400 BW een dergelijke overeenkomst uitsluit wanneer het gaat om vervoer van zaken. Voor zover de rechtsverhouding desondanks ook zou kwalificeren als een overeenkomst van opdracht, stelt FNV dat de bepalingen van titel 10 van boek 7 van toepassing zijn op de overeenkomst, gelet op lid 2 van artikel 7:610 BW.

Verweer

5. Deliveroo heeft gemotiveerd verweer gevoerd en primair verzocht FNV niet-ontvankelijk te verklaren omdat niet voldaan wordt aan de eisen van artikel 3:305a lid 1 en 2 BW. Kort samengevat voert zij in dat verband aan dat (i) de vordering zich niet leent voor bundeling, nu de belangen niet gelijksoortig zijn en (ii) de belangen van de vertegenwoordigde personen niet voldoende gewaarborgd zijn, omdat FNV niet heeft onderbouwd dat zij met de geëiste verklaring voor recht de belangen van de bezorgers waarborgt. Verder meent Deliveroo dat FNV geen onmiddellijk bij de rechtsverhouding betrokkene is, als vereist voor een verklaring voor recht als bedoeld in artikel 3:302 BW.

6. Ingeval de kantonrechter desondanks toekomt aan een beoordeling van de zaak, stelt Deliveroo zich op het standpunt dat uit de bedoeling van partijen, de overeenkomst van opdracht en de feitelijke uitvoering daarvan blijkt dat met name geen sprake is van een gezagsverhouding en dat er geen persoonlijke verplichting tot het verrichten van werk is, nu de bezorger zich kan laten vervangen.

7. Op de stellingen van partijen zal hieronder voor zover van belang nader worden ingegaan.

Beoordeling

Ontvankelijkheid

8. Voor een collectieve actie ex artikel 3:305a BW gelden vijf vereisten voor ontvankelijkheid: (1) het moet gaan om een stichting of een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid (2) met een toereikende statutaire doelomschrijving en (3) de belangen waarvoor de organisatie opkomt moeten gelijksoortig zijn en zich zodoende voor bundeling lenen, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden wordt bevorderd. Verder geldt dat (4)

de organisatie voldoende moet hebben getracht het gevorderde door overleg met de gedaagde partij te bereiken en (5) de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, moet voldoende gewaarborgd zijn, waaronder tevens wordt begrepen dat de organisatie voldoende belang moet hebben bij de rechtsvordering (artikel 3:303 BW).

9. De hiervoor onder 5 (i) en (ii) opgenomen verweren van Deliveroo spitsen zich toe op het derde en vijfde vereiste.

Komt FNV op voor belangen die gelijksoortig zijn en lenen deze zich voor bundeling?

10. Deliveroo heeft in dit kader aangevoerd dat FNV niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat de verklaring voor recht een kwalificatievraag inhoudt, die zich niet leent voor een bundeling van belangen. Ten behoeve van die kwalificatie moet immers per individu gekeken worden naar de rechten en verplichtingen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stond en de wijze waarop partijen daaraan uitvoering en aldus inhoud hebben gegeven. Velen vullen naar eigen inzicht de overeenkomst van opdracht in, dus zijn niet elke week werkzaam en soms lange tijd niet. In deze zaak heeft FNV geen enkele bezorger als procespartij betrokken en is FNV in gebreke gebleven concrete omstandigheden van individuele bezorgers te stellen en te bewijzen, aldus Deliveroo.

11. FNV stelt een zelfstandig belang te hebben bij de vordering en daartoe op grond van haar statuten gerechtigd te zijn. Ten aanzien van de kwalificatieproblematiek ziet FNV geen beletsel. Omdat de prestatie bij maaltijdbezorging in alle gevallen voor 100% bepaald is, lenen de belangen zich goed voor bundeling. Het gaat daarbij niet alleen om het groepsbelang van de huidige bezorgers, maar ook de belangen van ex bezorgers, waaronder leden van FNV, die in 2017 nog werkzaam waren op basis van een arbeidsovereenkomst en daar mogelijk ook graag weer voor in aanmerking willen komen.

12. De kantonrechter is van oordeel dat FNV een eigen zelfstandig belang heeft bij het instellen van de onderhavige vordering. In de ruime doelomschrijving van de statuten (artikel 8.2. sub i) is onder meer opgenomen: het voeren van gerechtelijke procedures ter bescherming van de belangen van werkkenden en de onderhavige procedure valt daar onder. Bovendien staat vast dat Deliveroo

heeft afgezien van het sluiten van arbeidsovereenkomsten met maaltijdbezorgers en is overgestapt op partnercontracten, hetgeen onbetwist een verandering in de arbeidsrechtelijke positie van de bezorgers met zich brengt. FNV maakt zich voor die positie sterk. Verder is de vraag of sprake is van arbeidsovereenkomsten ook van belang voor de mogelijke toepasbaarheid van een collectieve arbeidsovereenkomst, een kwestie tussen FNV en Deliveroo waarin vandaag ook wordt beslist. Mede gelet op het voorgaande staat voor de kantonrechter vast dat er ook sprake is van een situatie dat belangen van anderen in het geding zijn, ook al kunnen deze diffuus zijn en al zullen wellicht niet alle maaltijdbezorgers instemmen met deze collectieve actie. Dat laatste is ook niet vereist. Dat FNV de procedure niet mede namens een bezorger heeft ingesteld, is geen vereiste voor de ontvankelijkheid van de vordering en zou overigens de mogelijkheid van een collectieve actie te veel inperken, nu FNV daar ook een eigen zelfstandig belang bij heeft.

13. Verder is voor de ontvankelijkheid van belang of van de collectieve actie een meer effectieve en/of efficiënte rechtsbescherming valt te verwachten. Er moet een meerwaarde zijn ten opzichte van de procedure door een individu. Dit is de achtergrond van de eis dat “de belangen zich voor bundeling lenen”. De kantonrechter oordeelt dat die situatie zich hier voor doet. Immers de vraag of in deze zaak sprake is van een arbeidsovereenkomst, raakt een grote groep werkkenden en dient ook een algemeen belang. Dit laatste is het geval waar het gaat om het omzetten van arbeid, waarvoor sociale lasten (premies) moeten worden afgedragen naar arbeid waarvoor dat niet is vereist. Verder is van belang dat indien de vordering van FNV wordt toegewezen, dit een veel groter effect heeft dan de uitkomst van een individuele procedure. De kwalificatieproblematiek die samenhangt met de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, en met name de daarvoor volgens vaste jurisprudentie vereiste beoordeling van alle omstandigheden van het geval, is van een andere orde. Het gaat dan niet om de vraag of de belangen zich lenen voor bundeling, maar of de aard van de vordering zich leent voor toewijzing daarvan. Dit is onderdeel van de inhoudelijke beoordeling. De kantonrechter zal daarop terugkomen.

14. Op grond van deze overwegingen oordeelt de kantonrechter dat aan het vereiste onder 8 onderdeel (3) is voldaan.

Zijn de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, voldoende gewaarborgd?

15. Hiervoor is al vastgesteld dat FNV voldoende belang heeft bij de vordering. Uit de wetsgeschiedenis en de toelichting op artikel 3:305a lid 2 BW blijkt verder dat deze bepaling beoogt de rechter een handvat te bieden om kritisch te oordelen over de ontvankelijkheid in een collectieve actie indien hij twijfelt aan de motieven voor het instellen van deze actie en om te voorkomen dat daarmee claimstichtingen het collectief actierecht gebruiken om hun eigen commercieel gedreven motieven na te streven, aldus de wetsgeschiedenis (TK 2011-2012, 33 126, nr. 3, p. 5, 12). Een dergelijke situatie doet zich hier echter niet voor. Onder verwijzing naar hetgeen onder 11 en 12 is overwogen, verwerpt de kantonrechter het verweer van Deliveroo op dit punt. De belangen van de bezorgers zijn naar het oordeel van de kantonrechter voldoende gewaarborgd. Indien de collectieve actie slaagt, kunnen de bezorgers die dat willen aanspraak maken op een arbeidsovereenkomst, maar daarmee worden de aangegane overeenkomsten tussen Deliveroo en de bezorger niet automatisch omgezet.

16. Met het voorgaande staat ook afdoende vast dat FNV een concreet belang heeft bij de gevraagde verklaring voor recht, zodat het beroep van Deliveroo op het ontbreken van belang wordt gepasseerd. FNV is ontvankelijk in haar vordering.

Inhoudelijke beoordeling

17. Kern van het geschil vormt de vraag of de rechtsverhouding tussen de bezorgers van Deliveroo (nog steeds) is aan te merken als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 of lid 2 BW (standpunt FNV) dan wel als een overeenkomst van opdracht als bedoeld in artikel 7:400 BW (standpunt Deliveroo). Gezien de eis in artikel 7:400 BW dat de werkzaamheden worden verricht "anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst" zal primair beoordeeld moeten worden of aan de vereisten van een arbeidsovereenkomst is voldaan.

Is een verklaring voor recht op zich mogelijk?

18. Het meest verstrekkende verweer van Deliveroo is dat de gevorderde verklaring voor recht niet kan worden afgegeven, omdat voor de beoordeling daarvan per individu gekeken moet worden naar de rechten en verplichtingen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden en de wijze waarop partijen daaraan uitvoering en inhoud hebben gegeven. Daarbij is verwezen naar de zogenoemde PostNL-zaken. Iedere bezorger geeft ook een eigen invulling en uitvoering aan de overeenkomst van opdracht en FNV heeft verzuimd concrete feiten en omstandigheden te stellen, aldus Deliveroo.

19. Dit verweer van Deliveroo kan in zijn algemeenheid niet gevolgd worden. Door de Hoge Raad (onder meer HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722, inzake beurspromovendi; HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653, inzake prostituees), is ook na Groen/Schoevers (HR 14 november 1997, ECLI:NL:1997:ZC2495) meermalen een oordeel gegeven over de vraag of de rechtsverhouding tussen een bedrijf en een groep van werkers moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Daaruit volgt dat dit niet zuiver van geval tot geval moet worden bekeken. Uit een oogpunt van rechtszekerheid, het beschermende karakter van het arbeidsrecht en de nauwe band met verplichtingen op grond van sociale zekerheidswetgeving en belastingen zou dit overigens ook ongewenst zijn. Het voorgaande betekent niet dat in een individuele zaak op grond van de feitelijke – van de groep – afwijkende feiten en omstandigheden nooit anders geoordeeld zou kunnen worden, maar dit staat aan een algemeen rechtsoordeel niet in de weg.

Overwegingen vooraf

20. Het gaat in deze zaak om arbeid, die aanvankelijk op grond van een arbeidsovereenkomst werd verricht en die thans op grond van een zogeheten partnerovereenkomst wordt uitgevoerd. De kantonrechter zal daarom beoordelen of alle omstandigheden in aanmerking genomen, het karakter van de rechtsverhouding tussen Deliveroo en zijn bezorgers zodanig is veranderd, dat niet langer wordt voldaan aan de elementen van de arbeidsovereenkomst, en met name aan het element "in dienst van" kort gezegd: de gezagsverhouding. Daarbij zal worden bezien in hoeverre sprake is

van een persoonlijke arbeidsverplichting als bedoeld in artikel 7:659 BW.

21. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst wordt bepaald door alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien. Daarbij is niet zozeer doorslaggevend hoe partijen de overeenkomst noemen of kwalificeren, maar welke rechten en verplichtingen zij daarbij over en weer beoogd hebben en in hoeverre daaraan feitelijk uitvoering is gegeven. Naarmate er over een contract meer is onderhandeld, kan aan de schriftelijke vastlegging van die partijbedoeling meer waarde worden gehecht. Zowel in Groen/Schoevers als in De Groot/Dyosinth (HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651) betrof het een schriftelijke overeenkomst, die op verzoek van de vermeende werknemer (Groot) dan wel in overleg met de werknemer, specifiek voor die situatie en in afwijking van wat gebruikelijk was in het bedrijf (Dyosinth), was overeengekomen. In de onderhavige situatie is echter sprake van een standaardcontract, dat volledig en eenzijdig door Deliveroo is opgesteld en niet onderhandelbaar is. In zo'n situatie kan voor de bedoeling van partijen aan de weergave in het schriftelijk contract geen doorslaggevend betekenis worden gehecht, zeker niet voor de bedoeling van de bezorger. Hoogstens kan aangenomen worden dat deze voor het voortzetten of verkrijgen van dit werk bereid is aan de voorwaarden van Deliveroo (zoals inschrijving als zelfstandige in de Kamer van Koophandel, met de daaraan verbonden facilitaire verplichtingen, en het aanschaffen van een maaltijdbox) te voldoen.

22. De kantonrechter stelt voorop begrip te hebben voor de behoefte aan flexibiliteit van een onderneming en ook wel aan te nemen dat bepaalde soorten werkers prijs stellen op deze flexibiliteit, zeker als daar bij gebrek aan sociale lasten een hogere vergoeding tegenover staat, maar hecht er aan op te merken dat het gezien het dwingend-rechtelijke karakter van het arbeidsrecht (en de beschermingsgedachte daarachter) niet aan partijen is om te beslissen of ze daarvan willen afwijken. Ook aspecten als dat er voor een bepaalde groep geen behoefte is aan die bescherming of dat de gevolgen van het aanmerken als een arbeidsovereenkomst ongewenst en te zwaar zijn, kunnen geen doorslaggevend rol spelen, nu deze aspecten geacht moeten worden te zijn verwerkt in het wettelijke systeem. Indien daarin verandering moet komen, ligt dit op de weg van de wetgever.

23. Om een goed beeld van de zaak te geven, acht de kantonrechter ook van belang een overweging vooraf te wijden aan de overeenkomst van opdracht als bedoeld en geregeld in artikel 7:400 BW, de overeenkomst waarop Deliveroo zich beroept. Kenmerkend voor die overeenkomst is dat de ene partij bepaalde verrichtingen aan de andere partij opdraagt. Blijkens de wetsgeschiedenis is daarbij destijds gedacht aan overeenkomsten met een advocaat, notaris, deurwaarder, accountant, incassobureau, architect, makelaar, dierenarts, kapper, repetitor of veilinghouder of aan research-overeenkomsten, computeropdrachtcontracten, bestuurs- of organisatieopdrachten en engineeringscontracten (Nota II, Kamerstukken II 1991/1992, 17779). Het gaat om een ruim begrip, gezien de grote variëteit aan opdrachten. De overeenkomst kan ook worden aangegaan zonder dat de ene partij een beloning aan de andere partij verschuldigd is, maar indien de overeenkomst wordt aangegaan in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, is de opdrachtgever aan de opdrachtnemer op grond van artikel 7:405 BW loon verschuldigd. Dit is ook tussen Deliveroo en de bezorger overeengekomen. De uitdrukking "in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf" moet weliswaar ruim worden opgevat, maar de kantonrechter is van oordeel dat daarbij wel een zeker element van ondernemerschap aanwezig moet zijn.

24. In een zaak tussen een bezorger en Deliveroo is onlangs, op 23 juli 2018 uitspraak gedaan door een andere kantonrechter van de rechtbank Amsterdam (gepubliceerd in JAR 2018/189) en is in die specifieke zaak geoordeeld dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Deliveroo beroept zich begrijpelijkerwijs op die uitspraak, maar de kantonrechter hecht er aan op te merken dat gezien de snelle ontwikkeling die de platformeconomie in Nederland doormaakt het voor de rechtsontwikkeling van belang kan zijn dat hierover verschillend wordt geoordeeld.

25. Het gaat in deze zaak om werk, dat naar het oordeel van de kantonrechter tot de kern van het bedrijf van Deliveroo hoort. Deliveroo legt weliswaar de nadruk op de technologische kant van haar bedrijf en de verkenning en uitwerking van mogelijke (andere) markten, maar dit neemt niet weg dat het bezorgen van maaltijden tot op heden een wezenlijk onderdeel van (de identiteit van) het bedrijf uitmaakt. Het overgrote deel van haar

personeel werkt in de bezorging en ook de naamgeving bevestigt dit beeld.

Is er sprake van een arbeidsovereenkomst?

26. Hierna zal op de verschillende elementen van de arbeidsovereenkomst worden ingegaan. Een belangrijk geschilpunt tussen partijen is daarbij de vraag of er (nog steeds) sprake is van een gezagsverhouding tussen Deliveroo en de bezorgers, waarbij met name van belang is of de grote vrijheid om het werk te verrichten, de mogelijkheid om zich te laten vervangen en het recht om een bestelling te weigeren aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst in de weg staat. In dit verband overweegt de kantonrechter het volgende.

– De verplichting om arbeid te verrichten

27. Zowel FNV als Deliveroo hebben een voorbeeld van de partnerovereenkomst in het geding gebracht, die op onderdelen niet gelijkluidend is. Kennelijk – zo is ter zitting gebleken – is het contract in de loop van 2018 door Deliveroo nog op onderdelen aangepast. Nu de discussie daarop niet is toegespitst en de verschillen geen betrekking hebben op de voor deze zaak onderscheidende aspecten, zal de kantonrechter uitgaan van het voorbeeldcontract dat door Deliveroo als gedingstuk 2 in het geding is gebracht.

28. In het contract is neergelegd dat de overeenkomst wordt aangegaan voor een bepaalde tijd (artikel 3.1) en eindigt van rechtswege zonder dat opzegging vereist is. Tussentijdse opzegging is ook mogelijk, voor de bezorger zonder opzegtermijn en voor Deliveroo met een opzegtermijn van 1 week. Met het ondertekenen van de overeenkomst aanvaardt de bezorger de mogelijkheid om voor de duur van de overeenkomst bezorgwerkzaamheden te verrichten of te laten verrichten (artikel 1). Hierin is nog geen verplichting tot arbeid overeengekomen. Deze ontstaat pas op het moment dat een bestelling wordt geaccepteerd door de bezorger en toegewezen (artikel 2.4.) Ook ten aanzien van de hoogte van de vergoeding is niets opgenomen in de overeenkomst, enkel dat het gaat om een all-in vergoeding, die (bij iedere bezorging, zo begrijpt de kantonrechter) vooraf schriftelijk bevestigd wordt aan de bezorger en dat deze bezorgvergoeding betaald wordt voor elke afgeleverde bezorging (artikel 7). Uit de samenhang van deze bepalingen leidt de kantonrechter af dat in wezen sprake is van een raamcontract met een uitgestelde prestatieplicht.

29. De plicht om een prestatie te leveren ontstaat volgens het contract voor beide partijen pas op het moment dat een bestelling door de bezorger wordt geaccepteerd en door Deliveroo aan de bezorger wordt toegewezen. In die zin wijken de contractuele verplichtingen thans op dit punt aanzienlijk af van de situatie gedurende de arbeidsovereenkomst, toen de bezorger verplicht was zich voor een minimale periode op te geven voor arbeid en gedurende de dienst waarvoor hij had ingetekend beschikbaar te zijn op straffe van een ontslag op staande voet. De vraag is echter of gezien de feitelijke uitvoering in de praktijk de verplichting om beschikbaar te zijn een wezenlijke verandering heeft ondergaan. Daarbij gaat wezen voor schijn.

30. Uitgangspunt is dat de bedrijfsvoering van Deliveroo afhankelijk is van een goede bezorgdienst, waarbij de maaltijden binnen een half uur na bestelling worden afgeleverd bij de klant. Dit brengt met zich dat er enerzijds altijd iemand beschikbaar moet zijn om de bestelling af te leveren en dat Deliveroo, en overigens ook de bezorger, gebaat is bij een snelle en goede aflevering. De vraag is of een systeem van volledig vrij kiezen wanneer je werkt en elke bezorging kunnen weigeren zich verdraagt met dit uitgangspunt, met andere woorden is de bezorger daar ook feitelijk vrij in.

31. De kantonrechter neemt bij de beoordeling daarvan als uitgangspunt dat niet aannemelijk is dat de bezorger dan wel Deliveroo beoogt voor een enkele incidentele bestelling de partnerovereenkomst aan te gaan. De prijs die Deliveroo op dit moment betaalt (onweersproken gemiddeld per bezorging € 6,= per bestelling en in Amsterdam € 5,= met een toeslag van € 1,50 en bij twee bezorgingen voor hetzelfde restaurant € 3,75 per bezorging) is een aanwijzing, dat de bezorger dat niet beoogt, evenals de vereiste inschrijving in het handelsregister en de aanschaf van de maaltijdbox op eigen kosten (ongeveer € 50,=). Uit het systeem waarmee en de wijze waarop bestellingen aan bezorgers worden toegewezen kan worden afgeleid dat ook Deliveroo dat niet beoogt. Het systeem “Frank” dat bestellingen toewijst, kiest in beginsel de bezorger uit die het dichtst bij het restaurant is, hetgeen impliceert dat een besteller die daarvoor in aanmerking wil komen, niet te ver verwijderd moet zijn van de plaats waar restaurants zich bevinden, dus in die zin al vooraf beschikbaar moet zijn. De bestelling wordt dan in

eerste instantie toegewezen aan de bezorger die zich heeft aangemeld voor een sessie, deze heeft voorrang. In artikel 2.2. van de opdrachtovereenkomst is ook opgenomen dat het vooruit boeken “door gebruik te maken van de SBB tool” optioneel is, maar indien het wordt gebruikt en een boeking is bevestigd, dan heeft de Opdrachtnemer de zekerheid dat het voor hem mogelijk is om in te loggen en de “Diensten te leveren op een bepaalde plaats en tijd”. Hieruit leidt de kantonrechter af dat Deliveroo een voorkeur heeft voor bezorgers die voor diensten hebben ingelogd.

32. Daarnaast is gezien die systemen, in onderlinge samenhang bezien, aannemelijk dat voor de bezorger het reserveren van sessies de gewenste en gebruikelijke werkwijze is om zoveel mogelijk kans te maken op een bestelling en inkomen te genereren. Dit geldt nog in sterkere mate als het gaat om favoriete tijden. Het SBB-systeem, dat in wezen een inroostersysteem is, heeft ook overigens de mogelijkheid in zich om beschikbaarheid van bezorgers in de door Deliveroo gewenste richting bij te sturen. Dit kan gebeuren door die bezorgers voorrang te geven bij het inloggen voor de sessies. Ter zitting is geen concreet antwoord gegeven op de vraag of dat op dit moment nog gebeurt, maar in de hiervoor vermelde uitspraak van de kantonrechter Amsterdam van 23 juli 2018, is als vaststaand aangenomen dat bezorgers die naar de maatstaven van Deliveroo goed presteren “priority acces” krijgen om een tijdvak in een zone te reserveren en daardoor meer kans hebben om op gewilde tijden bestellingen aangeboden te krijgen. Dus in ieder geval biedt het systeem die mogelijkheid. Ook staat vast dat er een maximum is aan het aantal bezorgers dat zich voor een bepaalde sessie kan aanmelden.

33. Het voorgaande rechtvaardigt de conclusie dat de bezorger groot belang heeft bij het zich aanmelden voor een sessie en bij het verkrijgen van extra inlogfaciliteiten van Deliveroo door goed te presteren, zodat van een algehele vrijheid om zich beschikbaar te stellen tot het moment van acceptatie van de bestelling in feite geen sprake kan zijn indien de bezorger (voldoende) inkomen wil genereren. Het rechtvaardigt ook de conclusie dat Deliveroo de prestatie van de individuele bezorger meeweegt of in ieder geval kan meewegen bij het verlenen van toegang tot het inloggen. In combinatie met het bonussysteem is aldus geregeld dat een bezorger geprikkeld wordt zoveel mogelijk en goed te presteren.

34. De vrijheid om een bestelling te weigeren dient ook op andere wijze genuanceerd te worden. Als een bezorger een bestelling weigert, komt er een scherm tevoorschijn met de hiervoor onder 1.5 vermelde mogelijke redenen. In het contract dat door FNV is overgelegd verplichtte de bezorger zich nog om in 80% van de gevallen de reden daarvoor in te vullen. In het contract dat Deliveroo heeft overgelegd is die verplichting niet meer opgenomen, maar dit neemt niet weg dat Deliveroo ook uit het niet invullen daarvan haar conclusies kan trekken, ongeacht of dit systeem Deliveroo (ook) informatie geeft dat zij voor andere (analyse) doeleinden kan gebruiken. Dit geldt ook voor het systeem waarmee de dienstverlening van Deliveroo en daarmee ook de bezorgprestatie beoordeeld wordt. Deze informatie is, ongeacht of Deliveroo deze informatie, zoals zij zelf stelt, vraagt voor andere doeleinden, terug te leiden tot de individuele bezorger.

35. Dat op (herhaaldelijk) weigeren van bestellingen niet meer de sanctie van ontslag op staande voet staat, acht de kantonrechter niet doorslaggevend. De omzetting van het contract en de eenvoudige manier waarop dit beëindigd kan worden alsmede de mogelijkheid om geen bestellingen meer toe te wijzen, tenzij er niemand anders vanuit de sessie voor beschikbaar is, maakt dat op dit punt geen sprake is van een wezenlijke verandering.

36. De verschillende systemen in onderlinge samenhang bezien en in het bijzonder het feit, dat Deliveroo prestatiecriteria hanteert voor bezorgers die dan bij voorrang kunnen inloggen voor (gewilde) sessies, maakt dat ook de vrijheid om te weigeren aanzienlijk minder groot is dan het contract suggereert.

37. Deliveroo heeft een overzicht in het geding gebracht van in september 2018 in Nederland aangeboden en vervolgens geweigerde bestellingen. Zij stelt dat in die maand 44,5 % van de bestellingen is geweigerd, maar nu de redenen van de weigering ontbreken en evenmin duidelijk is welke gevolgen daaraan zijn verbonden, kan dit overzicht niet leiden tot een ander oordeel. Immers als een bezorger niet binnen een bepaalde tijd reageert of kiest voor een andere bestelling binnen Deliveroo, wordt dit als een weigering van de bestelling geregistreerd.

– *De mogelijkheid van vervanging*

38. Verder beroept Deliveroo zich op de vrijheid van de bezorger om zich te laten vervangen. In het contract is opgenomen (artikel 4) dat vervanging mogelijk is zonder voorafgaande toestemming van Deliveroo, met dien verstande dat de vervanger aan Deliveroo voor aanvang van de werkzaamheden een geldig legitimatiebewijs en een bewijs van het recht om in Nederland te werken toont. Indien echter uitgegaan wordt van het contract, zoals dat door Deliveroo is opgesteld, is deze mogelijkheid tot vervanging vrijwel inhoudsloos. Immers indien pas op het moment van acceptatie en toewijzing van de concrete bestelling een concrete opdracht ontstaat, zal gezien het korte tijdbestek waarbinnen de maaltijd moet worden afgeleverd geen behoefte en ruimte bestaan om van deze mogelijkheid gebruik te maken. Indien het gaat om een nieuwe vervanger is dit bovendien feitelijk onmogelijk.

39. Dit kan anders liggen indien de bezorger voor een gereserveerde sessie verhinderd is, maar ook dan is de behoefte aan vervanging alleen te verklaren, indien het nadelig voor de bezorger is om zich alsnog af te melden. Hetzij vanwege daling in het ranking systeem hetzij vanwege mogelijk verlies van de bonusmogelijkheden. Beide redenen wijzen op een gezagsverhouding en doen daar in ieder geval geen afbreuk aan.

40. Met betrekking tot artikel 7:659 lid 1 BW, de verplichting van de werknemer om de arbeid zelf te verrichten, overweegt de kantonrechter dat dit artikel de ruimte biedt om zich met toestemming van de werkgever door een derde te doen vervangen. Voor de overeenkomst van opdracht geldt echter eveneens dat de opdrachtnemer gehouden is de opdracht zelf uit te voeren, tenzij anders is overeengekomen. Op zichzelf is daarom geen sprake van een onderscheidend criterium. Het feit dat de bezorger zich enkel mag laten vervangen door een vooraf bij Deliveroo bekend gemaakt persoon, kan worden aangemerkt als toestemming om zich door een derde te laten vervangen. Van belang is of gezien de feitelijke verhoudingen en de wijze waarop de werkzaamheden zijn ingericht ten aanzien van de vervanger gezag uitgeoefend kan worden door Deliveroo of dat dit buiten diens invloedssfeer ligt. De kantonrechter oordeelt dat ten tijde van het verrichten van de werkzaamheden door Deliveroo middels zijn systemen dezelfde invloed op de vervanger kan worden uitgeoefend als op de bezorger, terwijl de bezorger

op dat moment geheel afwezig is en er dus geen sprake is van een situatie waarin hij toezicht heeft. Bovendien stelt Deliveroo middels het contract met de bezorger aan de vervanger dezelfde eisen als aan de bezorger. Onder deze omstandigheden staat de ruime vervangingsmogelijkheid op zich niet in de weg aan het aannemen van een gezagsverhouding.

– *De beloning*

41. De kantonrechter stelt voorop dat de naam die partijen aan een vergoeding geven niet bepalend is voor het karakter daarvan.

42. In het contract (artikel 7) is opgenomen dat het gaat om een all-in vergoeding, waarvan de hoogte zoals gezegd, telkens voorafgaand aan de bestelling/dienst wordt bepaald en dat er geen afzonderlijke vergoeding wordt gegeven voor de kosten van verzekeringen, veiligheidsmateriaal en wettelijk noodzakelijke inspecties. Deliveroo zal met betrekking tot de door de bezorger of diens vervanger geleverde diensten tweewekelijks een concept factuur opstellen en de eerste betaling zal pas plaatsvinden na overlegging van het KvK- en BTW-nummer. Deliveroo biedt deze facturatie-dienst kosteloos aan om de administratie van beide partijen te vergemakkelijken. In overleg met Deliveroo is het echter ook mogelijk zelf facturen af te geven.

43. Betaling vindt dus niet langer plaats op basis van het minimum(jeugd)loon per uur, maar per bestelling. De prijs voor een bestelling is niet in de overeenkomst opgenomen, maar varieert afhankelijk van tijd en plaats en wordt indien nodig aangepast. Zoals hiervoor onder 31 is overwogen, wordt gemiddeld per bezorging € 6,= betaald en in Amsterdam € 5,= met een toeslag van € 1,50 en bij twee bezorgingen voor hetzelfde restaurant (een stacked order) € 3,75 per bezorging. FNV heeft verder onweersproken gesteld dat een bezorger gemiddeld 2 tot 3 bestellingen per uur aflevert.

44. De wijzigingen in de vergoeding rechtvaardigen naar het oordeel van de kantonrechter niet de conclusie dat geen sprake (meer) is van loon in de zin van artikel 7:610 BW, te weten een vergoeding verschuldigd terzake van de bedongen arbeid, ook al is er sprake van een wisselend loon per concrete prestatie. Hoewel de hoogte van die vergoeding bruto per uur hoger zal zijn dan het wettelijk minimum(jeugd)loon, acht de kantonrechter de vergoeding niet zodanig hoog (gemiddeld

maximaal € 18,= bruto) dat in de hoogte van de vergoeding een relevante aanwijzing ligt voor het tegendeel. Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot de vrijheid een bestelling te weigeren, geldt hetzelfde voor de door Deliveroo gestelde marktwerking van dit samengestelde tarief. In de systematiek zit weinig tot geen ruimte voor een onderhandeling over het tarief. Dat over de prijzen feitelijk wordt onderhandeld is ook niet gesteld.

– *De inschrijving in de Kamer van Koophandel*

45. In zijn algemeenheid komt aan een inschrijving als zelfstandige in de Kamer van Koophandel een belangrijke betekenis toe, maar in deze zaak mag worden aangenomen dat de inschrijving is verricht omdat dit door Deliveroo verplicht is gesteld aan de bezorgers in de partnerovereenkomst (zie 1.4). Dat de inschrijvingen zijn verricht ten einde de werkzaamheden ten behoeve van Deliveroo te kunnen verrichten blijkt ook uit het feit, dat onbetwist is dat dit door bezorgers bij inschrijving bij de Kamer van Koophandel soms expliciet als doelomschrijving is vermeld. Daarnaast en vooral blijkt dit uit het feit dat bij de aanmelding voor bezorger de personen die al waren ingeschreven bij de Kamer van Koophandel “op één hand te tellen waren”, zoals door Deliveroo ter zitting is verklaard. Aan de inschrijving op zich kan de kantonrechter daarom geen belangrijke betekenis hechten, tenzij ook uit andere factoren blijkt dat sprake is van werkzaamheden in de uitoefening van een bedrijf.

– *Materialen*

46. Onder artikel 1.10 van de partnerovereenkomst is de contractuele verplichting van de bezorger ten aanzien van de eigen aanschaf van het materieel opgenomen. De verplichting bestaat onder meer om een maaltijdbox te gebruiken die voldoet aan de door Deliveroo gestelde veiligheids- en hygiëne-eisen. Het hoeft geen maaltijdbox van Deliveroo te zijn. Evenmin hoeft de bezorger zoals voorheen te voldoen aan kledingvoorschriften. Daarnaast is in artikel 6 – kort gezegd – opgenomen dat de bezorger moet zorgen dat zijn voertuig aan alle verkeersveiligheidsvoorschriften voldoet, dat hij niet onder invloed van drugs of alcohol rijdt en dat het materieel voldoet aan Deliveroo’s veiligheidsvoorschriften. In artikel 6.3 is opgenomen dat Deliveroo’s veiligheidsvoorschriften, zoals van tijd tot tijd gewijzigd, van toe-

passing zijn en een integraal onderdeel uitmaken van de overeenkomst.

47. Ten aanzien van het argument van Deliveroo dat de bezorgers zelf hun eigen materieel moeten aanschaffen en mede om die reden niet als werknemers maar als opdrachtnemers zouden moeten worden aangemerkt, overweegt de kantonrechter het volgende. Met uitzondering van de maaltijdbox gaat het om de aanschaf van materieel dat ook in het dagelijks leven gebruikelijk is, zoals een smartphone en een eigen vervoermiddel. Deliveroo heeft terecht gesteld dat de bezorger niet langer verplicht is materieel met opschrift van Deliveroo te gebruiken, maar zij biedt de bezorger wel de mogelijkheid deze box met korting bij haar in te kopen. Het ligt naar het oordeel van de kantonrechter voor de hand dat een bezorger van die mogelijkheid gebruik zal maken, tenzij hij al over een box beschikt. Aan het vervallen van de kledingvoorschriften kan wel enige betekenis worden gehecht in die zin dat de bezorgers niet overal herkenbaar zullen zijn als een bezorger van Deliveroo. Hier staat echter weer tegenover dat de herkenbaarheid van Deliveroo naar buiten toe, in ieder geval naar de klant toe, al duidelijk is doordat de bestelling via Deliveroo plaatsvindt. Al met al acht de kantonrechter de veranderingen ten aanzien van het materiaal niet zodanig dat daardoor een verandering in de gezagsverhouding is opgetreden.

– *Overige rechten en verplichtingen*

48. Ten aanzien van de wijze waarop de bezorger zich tijdens de maaltijdbezorging moet gedragen zijn in artikel 2.4 van het contract een aantal verplichtingen opgenomen, te weten – kort samengevat – (i) het uitvoeren van de Dienst binnen een redelijke tijd en middels een route die de bezorger veilig en efficiënt acht, (ii) indien hij voorziet dat hij de bestelling niet kan afleveren, zal hij Deliveroo hiervan op de hoogte stellen, (iii) professioneel zijn in de omgang met (de staf van) Deliveroo, andere riders, personeel van de partners en voorbijgangers en (iv) de Dienst met de nodige zorgvuldigheid, vaardigheid en bekwaamheid verrichten. Het betreffen deels aanwijzingen ten aanzien van het de uitvoering van het werk, maar deels ook ten aanzien van het gedrag van de bezorger.

49. In artikel 8 Garanties is (i) opgenomen dat de bezorger alle wettelijke verplichtingen en regelingen welke op hem van toepassing zijn en welke van tijd tot tijd op het verlenen van Diensten van

toepassing zijn zal naleven alsmede de bepalingen uit handboeken, regelingen of voorschriften ten aanzien van de gezondheid en veiligheid, voedselveiligheid en verkeersveiligheid die op hem van toepassing zijn. Verder is (ii) de verplichting opgenomen om ervoor te zorgen dat Deliveroo de bezorger gedurende de uitvoering van de Diensten kan volgen door middel van GPS, met als reden dat de klanten van Deliveroo weten wat de status is van de bestelde producten. De GPS-controle biedt echter ook de mogelijkheid het gedrag van de bezorger te volgen en te controleren. Wat betreft de garantie onder (i) is sprake van aanwijzingen van Deliveroo op de genoemde gebieden en een ruime bevoegdheid van Deliveroo om daarvoor nadere regels te stellen.

50. In artikel 9 is de verplichting opgenomen voor de bezorger om adequaat/genoegzaam verzekerd te zijn gedurende de overeenkomst, ook indien gebruik gemaakt wordt van een vervanger, voor die vervanger.

51. Voor concrete aanwijzingen in het kader van artikel 7:402 BW acht de kantonrechter de omschrijvingen in artikel 2.4 in samenhang met artikel 8 wel erg ruim en is er naar het oordeel van de kantonrechter nog steeds sprake van een ruime instructiebevoegdheid. Het gaat om eenvoudig ongeschoold standaardwerk, waarvoor andere aanwijzingen dan gesteld niet goed denkbaar zijn. Behalve de voorschriften ten aanzien van de kleding en de maaltijdbox – waarvan Deliveroo niet langer verplicht stelt om materiaal met opdruk van Deliveroo te gebruiken – is ook niet gebleken van een relevant verschil met de periode waarin gewerkt werd op basis van een arbeidsovereenkomst.

– *Zelfstandigheid in de uitoefening van een bedrijf*

52. In het contract is op vele plaatsen de nadruk gelegd op de zelfstandigheid van de bezorger en diens keuze voor dit contract en acceptatie van de daaruit voortvloeiende gevolgen en aansprakelijkheid. Deels hebben de betreffende bepalingen betrekking op kwalificatiekeuzes, die zoals gezegd niet altijd ter vrije keuze van partijen staan. De kantonrechter zal daar verder niet op ingaan.

53. Wel is relevant in hoeverre in de overeengekomen rechten en verplichtingen (andere) aspecten zitten die uitdrukkelijk wijzen op zelfstandig ondernemerschap van de bezorgers. Daarvan is naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake. Dat het de bezorgers vrij staat om ook voor con-

currenten werkzaamheden te verrichten, betekent nog niet dat geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst. Ook aan werknemers met een (parttime) arbeidsovereenkomst kan het zijn toegestaan om voor een andere – al dan niet concurrerende – werkgever werkzaamheden te verrichten. Deliveroo heeft in dit verband nog aangevoerd, dat het de bezorgers is toegestaan om voor meerdere bedrijven tegelijk te werken en de gunstigste bestellingen daaruit te kiezen, onder meer met de hoogste beloning. Hoewel deze mogelijkheid theoretisch genomen bestaat, ziet de kantonrechter in de praktijk weinig ruimte om tijdens een dienst daarvan daadwerkelijk gebruik te maken. Dit gezien het korte tijdsbestek van de uitvoering van een bestelling. Daarnaast is aanneemelijk dat Deliveroo met haar systemen ongewenste gevolgen van deze keuze (bijvoorbeeld prijsopdrijving) kan bijsturen middels het gunnen van bestellingen aan andere bezorgers die zich ruimer beschikbaar stellen. Verder is nog van belang dat niet is gesteld of gebleken dat de bezorgers zich richting de restaurants of de klant presenteren als een zelfstandige met een eigen bedrijf, bijvoorbeeld door een eigen bedrijfsnaam. Nergens blijkt tenslotte van een onderhandelingspositie van de individuele bezorger.

Conclusies

54. Alles in onderlinge samenhang overziende komt de kantonrechter tot het oordeel dat de aard van het werk en de rechtsverhouding tussen partijen sinds begin 2018 niet zodanig wezenlijk zijn gewijzigd dat niet langer sprake is van het verrichten van arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst. Het gaat nog steeds om arbeid die behoort tot de organisatie van Deliveroo. Als er gewerkt wordt is er onverminderd sprake van een gezagsrelatie. In feite geldt dit ook voor de fase vanaf de aanmelding voor de dienst. Dat de aanwijzingen in algemene zin zijn neergelegd en niet concreet telkens bij het werk, maakt dit niet anders nu het gaat om eenvoudig ongeschoold standaardwerk, waar weinig andere aanwijzingen denkbaar zijn dan thans zijn geregeld. Als gevolg van technologische mogelijkheden is er weliswaar een grote vrijheid mogelijk waar het gaat om de beschikbaarheid voor arbeid, maar deze past nog steeds binnen het karakter van de arbeidsovereenkomst, ook al wordt op door de werknemer te kiezen tijdstippen gewerkt. De door de systemen gecreëerde ruimte voor indeling van het werk is bij-

voorbeeld vergelijkbaar met het op grote schaal kunnen ruilen van diensten in vooraf vastgelegde roosters. Bovendien is het aanmelden voor diensten een wezenlijke voorwaarde om inkomen te verwerven, waarbij nog geldt dat indien een bezorger zich aanmeldt er niet automatisch werk is en hij afhankelijk is van de gunning van de concrete bestelling door Deliveroo. De afhankelijkheid van Deliveroo acht de kantonrechter nog steeds zwaarder wegen dan de zelfstandigheid van de bezorger.

55. Hetgeen verder door partijen is aangevoerd kan onbesproken blijven omdat het niet tot een ander oordeel leidt. De omvang waarin gewerkt wordt is niet doorslaggevend.

Wel is denkbaar dat ondanks aanmelding voor een contract, feitelijk een zodanig gering aantal bezorgingen wordt uitgevoerd dat niet wordt voldaan aan een ander op de achtergrond geraakt vereiste van de arbeidsovereenkomst, te weten het “gedurende een zekere tijd” arbeid verrichten, hetgeen ook gevolgen heeft voor het aannemen van een gezagsverhouding. Bovendien is als het gaat om de bedrijfsuitoefening niet ondenkbaar 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. Aangezien het lijkt te gaan om uitzonderingsgevallen staat dit niet in de weg aan het toewijzen van de gevraagde verklaring voor recht, met dien verstande dat in plaats van “in afwijking van de partijafpraak” zal worden opgenomen “in afwijking van het schriftelijke contract”.

56. Deliveroo wordt als de in het ongelijk gestelde partij met de proceskosten belast.

Beslissing

De kantonrechter:

verklaart voor recht dat de rechtsverhouding tussen Deliveroo en haar bezorgers, in afwijking van het schriftelijke contract, (nog steeds) is aan te merken als een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW;

veroordeelt Deliveroo in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van FNV begroot op:

exploot € 98,01

salaris € 1.200,=

griffierecht € 119,=

totaal € 1.417,01

voor zover van toepassing, inclusief btw;

veroordeelt Deliveroo in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 50,= aan salaris gemachtigde, te verhogen met een bedrag van € 68,= en de exploitkosten van betekening van het vonnis, een en ander voor zover van toepassing inclusief btw, onder de voorwaarde dat Deliveroo niet binnen veertien dagen na aanschrijving volledig aan dit vonnis heeft voldaan en betekening van het vonnis pas na veertien dagen na aanschrijving heeft plaatsgevonden;

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Deze noot heeft betrekking op «JAR» 2019/23 en «JAR» 2019/24

De eerste baanbrekende uitspraken van 2019 zijn een feit. Naar het oordeel van de Kantonrechter Amsterdam zijn de maaltijdbezorgers van het digitale werkplatform Deliveroo werknemers én is Deliveroo een vervoersbedrijf waarop de cao Beroepsgoederenvervoer van toepassing is. Aanvankelijk waren de maaltijdbezorgers werknemers, maar begin 2018 voerde Deliveroo een nieuw bedrijfsmodel in waarin de maaltijdbezorgers op basis van ‘partnerovereenkomsten’ als zelfstandige ondernemers gebruik maakten van het platform van Deliveroo om ‘ritten’ te vinden. Na een uitgebreide analyse van de feiten concludeert de kantonrechter dat de rechtsverhouding tussen Deliveroo en de maaltijdbezorgers, ondanks deze gewijzigde contractuele vormgeving, niet wezenlijk is veranderd en de maaltijdbezorgers nog steeds op basis van arbeidsovereenkomsten werkzaam zijn. Hierna bespreken wij enkele onderdelen van de overwegingen van de kantonrechter.

“Een zeker element van ondernemerschap”

Een eerste interessant punt is de wijze waarop ‘ondernemerschap’ een rol speelt in de beoordeling van de kantonrechter. Wil sprake zijn van een overeenkomst van opdracht tussen Deliveroo en de maaltijdbezorger, dan moet bij de maaltijdbezorger wel een zeker element van ondernemerschap aanwezig zijn, zo overweegt de kantonrechter. De kantonrechter wijst er in r.o. 23 onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis bij art. 7:400 BW eerst op dat bij opdrachtsovereenkomsten destijds – begin jaren ‘90 – werd gedacht

aan een breed scala aan verrichtingen. Het gaat bij de overeenkomst van opdracht dus om een ruim begrip, aldus de kantonrechter. Vervolgens wijst de kantonrechter echter op art. 7:405 BW dat bepaalt dat de opdrachtgever de opdrachtnemer loon is verschuldigd als de opdrachtnemer de overeenkomst is aangegaan "in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf." Uit deze woorden leidt de kantonrechter af dat bij het verrichten van een opdracht tegen betaling bij de opdrachtnemer "een zeker element van ondernemerschap" aanwezig moet zijn om te kunnen spreken van een opdrachtovereenkomst. Dat dit ondernemerschap ontbreekt bij de maaltijdbezorgers van Deliveroo, wijst naar het oordeel van de kantonrechter op het bestaan van een arbeidsovereenkomst

Naar onze mening is zeker iets te zeggen voor de gedachte dat het voor de kwalificatievraag uitmaakt of sprake is van een zeker element van ondernemerschap bij degene die het werk verricht. In de memorie van toelichting bij de Wet op de arbeidsovereenkomst uit 1907 werd het element gezag gekoppeld aan het voor risico en rekening van de werkgever komen van het economisch resultaat van de door de werknemer verrichte arbeid. In dat geval is sprake van economisch onzelfstandige arbeid die op basis van een arbeidsovereenkomst dient te worden verricht. Het voor risico en rekening van de werkgever komen van het economisch resultaat van de door de werknemer verrichte arbeid – met andere woorden: het ontbreken van een zeker element van ondernemerschap bij de werknemer – bracht volgens de regering mee dat de werkgever "gezag, leiding en toezicht" diende te houden gedurende de arbeid (zie A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, deel I*, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 313/314). Of iemand afhankelijk is of juist een 'echte' ondernemer speelt eveneens een rol bij de kwalificatie in het kader van het Europese werknemersbegrip. Toch lijkt het ons niet juist om bij de analyse of sprake is van een arbeidsovereenkomst of juist van een opdrachtovereenkomst rekening te houden met de vereisten voor het bestaan van een opdrachtovereenkomst. Aan art. 7:400 e.v. BW wordt immers pas toegekomen als vaststaat dat de werkzaamheden "anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst" worden verricht. De kantonrechter onderkent dit ook in r.o. 17, maar lijkt toch betekenis toe te kennen

aan het onderscheid (vgl. ook r.o. 52 t/m 55). Dat baseert de kantonrechter op haar hiervoor beschreven uitleg van art. 7:405 BW. De woorden "in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf" in art. 7:405 BW stellen echter voor het bestaan van een opdrachtovereenkomst niet de eis van "een zeker element van ondernemerschap". Dit artikel, dat ook nog eens van regeland recht is (zie art. 7:413 BW), is slechts gebaseerd op de gedachte dat, als de opdrachtnemer niet in de uitoefening van beroep of bedrijf handelt, "normaal gesproken als bedoeling van partijen mag worden verondersteld dat geen loon verschuldigd is" (*Kamerstukken II 1982/83, 17779, 3, p. 4*).

Wij zien in deze overwegingen van de kantonrechter vooral een poging het toetsingskader voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst meer te laten aansluiten op de wijze waarop door het Europees Hof van Justitie wordt getoetst of sprake is van zelfstandigheid of schijnzelfstandigheid. De overwegingen van de kantonrechter, dat het in deze zaak gaat om werk dat behoort tot de kern van het bedrijf van Deliveroo, omdat het overgrote deel van het personeel in de bezorging werkt en dit uit de naam van Deliveroo blijkt (r.o. 25), en dat geen sprake is van zelfstandig ondernemerschap omdat de bezorgers zich jegens de restaurants niet als zodanig presenteren én zij geen zelfstandige onderhandelingspositie hebben (r.o. 55), sluiten aan op die in het arrest *FNV KIEM/Nederland* («JAR» 2015/19). De doorslaggevende rol die de kantonrechter in deze uitspraak toekent aan de aanwezigheid van ondernemerschap bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst (zie ook r.o. 53) is moeilijker te verenigen met de holistische Groen/Schroevers-benadering van Hoge Raad. In deze benadering is (het ontbreken van 'ondernemerschap') niet doorslaggevend, maar slechts een mogelijk gezichtspunt bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

Verhouding met Deliveroo-uitspraak uit 2018

Opvallend is ook de manier waarop de kantonrechter afstand neemt van de andere Deliveroo-uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam van 23 juli 2018 («JAR» 2018/189), waarin werd geoordeeld dat een maaltijdbezorger van Deliveroo geen werknemer was. De kantonrechter acht het voor de rechtsontwikkeling van belang dat over de rechtspositie van de maaltijdbezorger

verschillend wordt geoordeeld, gezien de snelle ontwikkeling van de platformeconomie in Nederland. In het persbericht bij het vonnis spreekt de Rechtbank Amsterdam zelfs van een verschil in uitgangspunten tussen beide uitspraken: de tekst van de schriftelijke overeenkomst is weliswaar meegenomen in de onderhavige uitspraak, maar daarnaast zou de kantonrechter “meer diepgaand [hebben] gekeken naar hoe partijen aan de overeenkomst in de praktijk invulling hebben gegeven.”

Ten aanzien van het gezagscriterium concludeert de kantonrechter dat het feit dat “de aanwijzingen in algemene zin zijn neergelegd en niet concreet telkens bij het werk” niet meebrengt dat geen sprake is van werkgeversgezag, “nu het gaat om eenvoudig ongeschoold standaardwerk, waar weinig andere aanwijzingen denkbaar zijn dan thans zijn geregeld.” Deze conclusie laat zich moeilijk rijmen met de – in de eerste Deliveroo-uitspraak door de kantonrechter herhaalde – overweging van het Hof Amsterdam in zijn pakketbezorgersuitspraak van 30 januari 2018 (Hof Amsterdam 30 januari 2018, «JAR» 2018/64, r.o. 3.19). In deze procedure, waarin een zelfstandige pakketbezorger bij PostNL zich beriep op een arbeidsovereenkomst met PostNL, overwoog het hof dat de gedetailleerde werkinstructies waaraan de pakketbezorger zich op grond van de overeenkomst van opdracht met PostNL diende te houden geen werkgeversgezag impliceerden omdat “deze regels en voorschriften veeleer gerelateerd zijn aan de aard van de service en niet zozeer betrekking hebben op de verhouding tussen werkgever en werknemer. Bovendien betreft het algemene aanwijzingen met een langere looptijd en geen concrete zaaks- of momentgebonden instructies.” Voor deze benadering van het hof valt wat te zeggen: anders zou immers alleen nog bij meer gecompliceerd werk of een van tevoren niet goed te bepalen arbeidsprestatie de aanwezigheid van werkgeversgezag kunnen worden aangenomen. Anderzijds kan tegen deze redenering worden ingebracht dat zo bij eenvoudig werk werkgeversgezag kan worden weggecontracteerd door het werk in taken of klussen op te delen en gedetailleerd vast te leggen hoe deze taken of klussen moeten worden verricht. De bevoegdheid werkinstructies te geven is dan immers niet meer relevant. Gelet hierop valt veel te zeggen voor de benadering van de

kantonrechter. Dat geldt in mindere mate voor de manier waarop de kantonrechter het naar haar oordeel ontbreken van een “reële mogelijkheid” van de maaltijdbezorgers zich te laten vervangen, plaatst is het licht van het gezagscriterium (r.o. 38 /t/m 40). In zijn arrest van 9 december 2011, «JAR» 2012/17 (r.o. 3.3), overweegt de Hoge Raad onder verwijzing naar een eerder arrest uit 1969 dat hier in beginsel (wel) dient te worden aangesloten bij de door partijen gemaakte (contractuele) afspraken. Daarbij bepaalt art. 7:404 BW van de – bij dit onderdeel dan weer niet door de kantonrechter aangehaalde – regeling van de opdrachtovereenkomst dat, wanneer de opdracht is aangegaan met het oog op een bepaald persoon, deze gehouden is de opdracht zelf uit te voeren.

Platformeconomie

Duidelijk is dat de kantonrechter in de onderhavige zaak niet de mening van haar collega-kantonrechter in Amsterdam is toegedaan dat “in het huidige arbeidsrecht geen rekening is gehouden met de uit de (relatief) nieuwe platformeconomie voortkomende arbeidsverhoudingen.” Deze kantonrechter weet het namelijk prima op te lossen onder verwijzing naar – onder meer – de zachte sturing die uitgaat van het algoritme. Het begrip ‘in dienst van’ uit art. 7:610 BW zodanig oprekken dat daaronder ook algoritmisch toegediende prikkels vallen, is één oplossing voor deze nieuwe arbeidsverhoudingen. Geen digitaal werkplatform is echter hetzelfde. Wat te doen als de rechtsverhouding tussen het platform en de werker slechts daaruit bestaat dat de werker gebruik maakt van het platform om overeenkomsten aan te gaan met anderen? In dat geval vormen de elementen arbeid, loon of gezag geen deel van die rechtsverhouding. Bij Deliveroo was dit niet aan de orde. Deliveroo zet de maaltijdbezorgers in om haar eigen bedrijf uit te oefenen: zij is verantwoordelijk voor de bezorging van de maaltijden en draagt deze werkzaamheden zelf op aan de maaltijdbezorgers die zij daarvoor zelf betaalt. Om die reden komt de Kantonrechter Amsterdam in een tweede vonnis op 15 januari 2018 (ECLI:NL:RBAMS:2019:210) tot het oordeel dat Deliveroo – anders dan zij zelf betoogt – geen “technologiebedrijf” is, maar een maaltijdbezorgingsbedrijf en als zodanig onder de werkingsfeer valt van de cao beroepsgoederenvervoer.

De (rechts)econoom Coase zag in zijn met de Nobelprijs bekroonde artikel uit 1937, 'The Nature of the Firm', al dat de onderneming met haar gezagsstructuren bestaat bij de gratie van het verschijnen van transactiekosten, zoals de kosten van onderhandelen en van het vergaren van informatie. Als deze kosten er niet zijn, zal de markt voor de optimale allocatie van kapitaal en arbeid zorgen, zodat ondernemingen (en de daarmee gepaard gaande kosten) overbodig zijn. Werkplatforms verlagen (onder andere) de kosten van onderhandelen en van het vergaren van informatie en zij hebben zodoende dus ook de potentie (delen van) de klassieke vormen van arbeidsorganisatie overbodig te maken. De werkgever als eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht, en die in het arbeidsrecht fungeert als 'geadresseerde' van de in arbeidsrechtelijke en andere wetgeving neergelegde regels en voorschriften, verdwijnt dan grotendeels. Deliveroo vormt hiervan weliswaar geen goed voorbeeld – omdat zij haar digitale systeem met name lijkt in te zetten ten behoeve van haar eigen maaltijdbezorgingsdienstverlening – maar bij andere werkplatforms kan dat anders liggen. Ook na de Deliveroo-uitspraken blijft platformisering dus een ontwikkeling waarvoor het arbeidsrecht nog niet alle oplossingen paraat heeft.

mr. M. Jovović
advocaat bij Stibbe

mr. dr. J.P.H. Zwemmer
Universiteit van Amsterdam