

voor te dragen voor de verkiezing van de werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat* van een SE opgericht door omzetting niet worden voorbehouden aan de [in casu: Duitse] vakbonden [MME: de nationale vakbonden vertegenwoordigd in de om te zetten vennootschap], maar moet dat worden uitgebreid tot alle vakbonden die vertegenwoordigd zijn in de SE, haar dochterondernemingen en vestigingen, om te verzekeren dat die vakbonden gelijk worden behandeld voor wat dat recht betreft (r.o. 48-49). De kwestie van de gelijke behandeling van werknemers en hun vertegenwoordigers in andere EU-lidstaten dan het land van de statutaire zetel van de vennootschap was reeds onderwerp van het *Erzberger*-arrest van het HvJ EU.<sup>4</sup>

Het is aan het Duitse *Bundesarbeitsgericht* om de prejudiciële beslissing toe te passen in zijn eindoordeel in de zaak. Maar gezien het duidelijke arrest van het HvJ EU zal het *Bundesarbeitsgericht* naar verwachting een soortgelijke uitspraak doen over de zaak ten gronde. Vóór de verwijzing naar het HvJ EU was het *Bundesarbeitsgericht* al van mening dat de door SAP gewenste regeling in strijd was met artikel 4 lid 4 SE-richtlijn (en dus met § 21 lid 6 SEBG, de Duitse implementatiewetgeving). De Duitse Bondsregering en de Commissie namen eveneens het standpunt in dat door de vakbonden in het prejudiciële verzoek naar voren was gebracht.

Het arrest geeft echter geen antwoord op de lastige vraag hoe de berekening van het aantal zetels in een concreet geval zal moeten gebeuren. SAP AG had een *Aufsichtsrat* met zestien leden, onder wie acht werknemersvertegenwoordigers, waarvan er twee vakbondsafgevaardigde waren. De *Aufsichtsrat* van SAP SE heeft na de omzetting achttien zetels, waarvan negen voor werknemersvertegenwoordigers zijn en daarvan weer twee voor vakbondsvertegenwoordigers. Deze huidige status quo is in overeenstemming met het arrest van het HvJ EU, aangezien twee zetels uitsluitend voor vakbondsvertegenwoordigers zijn gereserveerd en dus op voordracht van de vakbonden en in een separate verkiezing te kiezen leden. De zetelverdeling van SAP SE in zijn huidige vorm voorziet in een zetel voor het op één na grootste land op basis van het aantal werknemers (momenteel het Verenigd Koninkrijk en daarvoor Frankrijk), een door de SE-ondernemingsraad gekozen zetel en nog een "Europese zetel". Dit betekent dat de eis van het HvJ EU van gelijke behandeling – door middel van een evenredige vertegenwoordiging van andere EU-landen dan het land van de zetel/hoofdkantoor van de onderneming – in het onderhavige geval wordt nageleefd.

De voorgenomen vermindering van de *Aufsichtsrat* van SAP SE tot twaalf zetels, waarvan zes zetels voor werknemersvertegenwoordigers, maar zonder de twee voor vakbondsvertegenwoordigers gereserveerde zetels, zou op basis van het arrest van het HvJ EU duidelijk niet in

overeenstemming zijn met het EU-recht. Eén van de relevante vragen die door het verwijzende Duitse *Bundesarbeitsgericht* moet worden beantwoord, is of een absoluut aantal van twee vakbondszetels volgens artikel 7 lid 2 jo. artikel 16 *MitbestG* moet worden gehandhaafd, of dat een evenredig aantal zetels (in casu anderhalve zetel bij een oorspronkelijk toewijzingspercentage van 25%) moet worden gereserveerd voor vakbondsvertegenwoordigers. En vervolgens of dit zou neerkomen op één of twee daadwerkelijke zetels. De vraag hoe verkiezingen in een Europese context moeten worden georganiseerd in andere situaties dan die van SAP blijft na deze uitspraak echter onopgelost.<sup>5</sup> Dit betreft kwesties zoals kandidatenlijsten/nominaties, verkiesbaarheid, verkiezingsprocedures, de mogelijkheid van elektronisch of persoonlijk stemmen en vele andere verschillen in nationale procedures en gebruiken.

Er wordt in Duitsland met spanning uitgekeken naar de uitspraak van het *Bundesarbeitsgericht* die eind maart 2023 verwacht wordt. Maar deze uitspraak zal ook relevant zijn voor alle andere EU-lidstaten en werknemersvertegenwoordigingen, omdat de *Aufsichtsrat* van SAP al geëuropeaniseerd was en een soortgelijke situatie zich natuurlijk kan voordoen in een scenario met andere betrokken landen. Immers, achttien van de 27 EU-landen kennen een vorm van werknemersvertegenwoordiging op bestuurs- en/of toezichtsniveau, waaronder Nederland (het structuurregime).

Marcus Meyer-Erdmann

## Arbeidsrecht

### Ondernemingsrecht 2023/50

Hoge Raad (Civiele kamer) 24 maart 2023, 21/02090  
m.nt. Jaap van Slooten<sup>1</sup>

RSV 2023/8  
V-N Vandaag 2022/1536  
V-N 2022/34.8  
RvdW 2023/371  
NJB 2023/890  
V-N 2023/15.6  
V-N Vandaag 2023/663  
ECLI:NL:PHR:2022:578  
ECLI:NL:HR:2023:443

<sup>4</sup> HvJ EU 18 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:562, *Ondernemingsrecht* 2018/32, m.nt. J.J.M. van Mierlo (*Konrad Erzberger/TUI*).

<sup>5</sup> Zie ook J. Grüneberg, D. Hay & S. Sick, 'Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft vor dem EuGH', *Arbeit und Recht* 3 (2023), p. 118-121.

<sup>1</sup> Prof. dr. J. (Jaap) van Slooten is advocaat bij Stibbe, hoogleraar Arbeidsrecht aan de UvA en redacteur van dit tijdschrift. Hij is tevens als advocaat betrokken bij diverse rechtszaken over platformarbeid.

**Deze uitspraak gaat over de “ontzagging” van de (wettelijke regeling van de) arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad introduceert een gezichtspuntencatalogus om een overeenkomst als arbeidsovereenkomst aan te merken. De betekenis van de vrijheid om te komen werken en de vrijheid om zich te laten vervangen wordt gerelativeerd.**

Deliveroo/FNV

## 1. Feiten en procesverloop

Deliveroo was actief in Nederland als digitaal platform waarop bij restaurants maaltijden konden worden besteld en de bezorging kon worden geregeld. De bezorgers werkten oorspronkelijk op basis van een arbeidsovereenkomst, later op basis van een overeenkomst van opdracht. Iedere bezorger kon inloggen via de app wanneer hij wilde. De bezorgers kregen dan een bestelling aangeboden, die ze konden weigeren. Ze kregen per afgeleverde bestelling betaald. Daarnaast konden ze in aanmerking komen voor bonussen. De overeenkomst voorzag in het recht van de bezorger zich te laten vervangen door een ander. De gearleverde de bezorger zelf.

Aanvankelijk had een individuele bezorger in een procedure gevorderd dat hij als werknemer moest worden beschouwd. Nadat hij deze zaak had verloren, is FNV de onderhavige procedure begonnen. Het betreft een collectieve actie op de voet van art. 3:305a (oud) BW. Daarin vorderde FNV een verklaring voor recht dat de rechtsverhouding tussen Deliveroo en haar bezorgers als arbeidsovereenkomst moest worden gekwalificeerd. FNV heeft deze procedure in drie instanties gewonnen. In het kielzog hiervan lopen andere procedures bij de Hoge Raad over de toepasselijkheid van de Vervoers-cao en het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds. Ook die procedures heeft Deliveroo tot nu toe verloren, en de A-G heeft in deze zaken reeds tot afwijzing van de cassatieklachten geconcludeerd (ECLI:NL:PHR:2023:225 en ECLI:NL:PHR:2023:224).

Het hof Amsterdam had in een uitvoerig arrest (ECLI:NL:GHAMS:2021:392) alle omstandigheden van het geval betrokken (zo'n 25) en geoordeeld dat alleen de verschijn- en vervangingsvrijheid eerder wezen op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Alle overige omstandigheden wezen volgens het hof meer op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst dan op de afwezigheid daarvan. Bovendien zijn die vrijheden niet onverenigbaar met de kwalificatie als arbeidsovereenkomst. Hiertegen komt Deliveroo op met een baaierd aan motiveerings- en rechtsklachten.

## 2. Beslissing

De Hoge Raad benoemt allereerst dat de definitie van de arbeidsovereenkomst uit vier elementen bestaat: arbeid,

gedurende zekere tijd, loon en in dienst van de andere partij (art. 7:610 BW). Hij herbevestigt vervolgens dat het kwalificatieproces uit twee fasen bestaat. Eerst moet door uitleg (o.a. Haviltex) worden vastgesteld welke rechten en plichten partijen zijn overeengekomen. Als in de tweede fase wordt vastgesteld dat de overeengekomen rechten en plichten voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst, moet de overeenkomst als zodanig worden aangemerkt. In deze tweede fase speelt de partijbedoeling geen rol.

Dan volgt de centrale overweging in rov. 3.2.5. Deze bestaat uit vier delen.

Ten eerste: “Of een overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst, hangt af van alle omstandigheden van het geval in onderling verband bezien.” Dit is de bevestiging van de holistische weging en reeds staande rechtspraak sinds het arrest Groen/Schoevers uit 1997 (ECLI:NL:HR:1997:ZC2495). Ten tweede – en dat is nieuw – introduceert de Hoge Raad een gezichtspuntencatalogus: “Van belang kunnen onder meer 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.” Aan deze acht omstandigheden wordt een negende toegevoegd, die een aparte zin krijgt en waarin ook direct een aantal voorbeelden wordt genoemd: “Ook kan van belang zijn of degene die de werkzaamheden verricht zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen, bijvoorbeeld bij het verwerven van een reputatie, bij acquisitie, wat betreft fiscale behandeling, en gelet op het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt.”

Dan volgt nog een algemeen gezichtspunt, dat los staat van de voorgaande omstandigheden: “Het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding bij beantwoording van de vraag of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, hangt mede af van de mate waarin dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die de werkzaamheden verricht.”

De Hoge Raad overweegt uitdrukkelijk geen aanleiding te zien voor rechtsontwikkeling door middel van nadere algemene regels of uitgangspunten aangezien deze de aandacht hebben van de Nederlandse en Europese wetgever (rov. 3.2.6).

Hierna oordeelt de Hoge Raad dat de twee vrijheden ten aanzien van de arbeid – de “vrijheid om al dan niet te verschijnen” en de vervangingsvrijheid – op zich niet onverenigbaar zijn met de arbeidsovereenkomst. Of die in de praktijk daarmee verenigbaar zijn, is ook weer afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval. Ten aanzien van de verschijningsvrijheid (rov. 3.3.4) moet daarbij in het bijzonder gedacht worden aan “(...) wat geldt indien betrokkene wel verschijnt en een opdracht tot werk aanvaardt, en de frequentie waarmee en de duur waarvoor dat doorgaans geschiedt. Het hof heeft dit niet miskend en heeft afdoende gemotiveerd waarom ondanks genoemde vrijheid de overeenkomst in dit geval als een arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd.”

Ten aanzien van de vervangingsvrijheid (rov. 3.3.5) memoreert het arrest een aantal door het hof in acht genomen omstandigheden, hetgeen uitmondt in de volgende conclusie: “Daarin ligt besloten dat bezorgers in het algemeen geen aanleiding zullen zien hun werk anders dan incidenteel door een ander te laten verrichten en dat de daadwerkelijke betekenis van de vervangingsclausule voor de bezorgers gering is (...)”

### 3. Commentaar

#### 3.1 *Holistische weging blijft de basis*

Eén opmerking vooraf: hoewel de feiten betrekking hadden op een platform zijn de vele rechtsoverwegingen daartoe niet beperkt, zodat deze van toepassing zijn op alle gevallen waarin de vraag speelt of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd. Dat de Hoge Raad de holistische weging duidelijker dan ooit vooropstelt, zal te maken hebben met het pleidooi dat A-G de Bock hield om die weging (gedeeltelijk) te laten varen: “Mijns inziens gaat het primair om de vraag of het werk organisatorisch is ingebed in de onderneming van Deliveroo, waarbij van belang is of het werk een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van Deliveroo vormt. Als dat het geval is, werkt de bezorger ‘in dienst van’ Deliveroo.” (ECLI:NL:PHR:2022:578, rdnr. 12.3). Als de Hoge Raad in dit betoog zou zijn meegegaan, zou dat een grote verandering zijn geweest van een leerstuk dat al geruime tijd een rol in de politieke arena speelt. Ik vind het dan ook begrijpelijk dat de Raad het betoog van de A-G niet heeft gevolgd.

#### 3.2 *De gezichtspuntencatalogus*

Het arrest vestigt dus in dit opzicht de bestaande jurisprudentie en legt de bal bij de wetgever terug. Gelukkig geeft het arrest toch ook sturing bij de toepassing van de holistische weging in de vorm van de gezichtspuntencatalogus.

De Hoge Raad stelt dat deze negen omstandigheden “onder meer” van belang zijn. Dit geeft dus de vrijheid om nog andere omstandigheden van stal te halen en om sommige van deze negen in een bepaald geval buiten beschou-

wing te laten. Tegelijkertijd zullen we het vermoedelijk voorlopig met deze negen omstandigheden moeten doen.

De negen omstandigheden moeten worden betrokken in de tweede fase, de kwalificatiefase. Ze moeten dus helpen bij de beoordeling of een bepaalde verbintenis daadwerkelijk als loon of arbeid of gezag moet worden beschouwd. Een voorbeeld: een betaling van een werkverschaffer aan een werker is een beloning (eerste fase), maar is het ook loon in de zin van art. 7:610 BW (tweede fase)? Dat is de vraag waarbij de negen omstandigheden van belang zijn. Aangezien de hoogte van de beloning tot het rijtje omstandigheden hoort, kan de rechter niet direct argumenteren: er is een betaling van de werkverschaffer aan de werker en dus is aan het looncriterium voldaan. De rechter moet nagaan of de hoogte van het loon aanleiding geeft tot een andere conclusie.

De negen omstandigheden zijn niet ingedeeld naar de vier vereisten uit de definitie van art. 7:610 BW. Dus de hoogte van de beloning kan relevant zijn voor de vraag of er sprake is van loon in de zin van art. 7:610 BW, maar bijvoorbeeld ook voor de vraag of aan het criterium “in dienst van” is voldaan.

De precieze herkomst van de negen omstandigheden heb ik niet kunnen vaststellen. Ik sluit niet uit dat de Hoge Raad de +/- 25 omstandigheden die het hof had vastgesteld – en die de Hoge Raad herhaalt – heeft samengevat in de negen. Bijna al die 25 omstandigheden zijn terug te vinden in de catalogus, maar toch niet allemaal, naar het lijkt. Ik mis de controlemogelijkheid via het GPS-systeem (5<sup>e</sup> omstandigheid onder “in dienst van”), het feit dat de bezorgers eigen materiaal gebruiken (7<sup>e</sup> omstandigheid onder “in dienst van”), hoe bezorgers worden gezien door anderen (8<sup>e</sup>), het feit dat Deliveroo een ongevallenverzekering had afgesloten en een gratis aansprakelijkheidsverzekering heeft aangeboden (1<sup>e</sup> en 3<sup>e</sup> omstandigheid onder “overige omstandigheden”). Kan uit het niet vermelden daarvan iets worden afgeleid? Feit is in ieder geval dat het verzekeringsargument het ongewenste effect heeft dat platformondernemingen terughoudend zijn om dit soort verzekeringen te regelen indien dat het risico op een arbeidsovereenkomst vergroot, terwijl het maatschappelijk gewenst is dat juist preciaire werkers verzekerd zijn.

#### 3.3 *De verdwijning van gezag als criterium*

Opvallend afwezig in het arrest is het woord “gezag”. De Hoge Raad spreekt consequent over “in dienst van”. In Groen/Schoevers had de Hoge Raad geoordeeld dat het kenmerk gezagsverhouding “sedert de inwerkingtreding van titel 10 van Boek 7 BW besloten ligt in de zinsnede ‘in dienst van de andere partij’ in art. 7:610 BW”, en ook in andere arresten (zie bijvoorbeeld Beurspromovendi; ECLI:NL:HR:2006:AU9722) hanteert de Hoge Raad deze term. Maar in dit arrest keert die term echter niet terug. Ik denk dat daar in ieder geval een goede reden voor bestaat:

de “ontzagging” van de arbeidsrelatie. Ooit was het idee dat werknemers een baas hadden die hen instructies gaf. Daarna kwam er werk op waarin die instructies niet meer werden gegeven omdat werknemers die niet nodig hadden of de werkgever die instructies niet kon geven. Vervolgens werd overwogen dat ook de mogelijkheid om instructies te geven kon duiden op een gezagsverhouding. Daarnaast zocht de Hoge Raad de gezagsverhouding in de verplichting om zich wat betreft organisatorische aspecten als begin- en eindtijden te voegen naar de werkgever (het Imam-arrest; ECLI:NL:HR:1994:ZC1397). Die materiële en formele gezagscriteria zijn sleets geworden. En platforms – eigenlijk breder: digitalisering – hebben ertoe geleid dat het arbeidsproces steeds meer is opgeknipt in losse klussen. Deze klussen hebben het karakter van een resultaatverbintenis, waardoor de werkgever geen gezag of invloed meer heeft die goed te onderscheiden is van de instructiebevoegdheid die ook bij de overeenkomst van opdracht kan voorkomen (art. 7:402 BW). Als werkers bovendien zelf mogen bepalen of en, zo ja, wanneer ze werken, is ook het formele gezagscriterium niet meer bruikbaar.

### 3.4 *Bepaalmacht*

De Hoge Raad heeft het in dit arrest over een andere boeg gegooid. In plaats van het begrip gezag verder te verfijnen, zijn drie andere criteria blijkbaar richtinggevend. Dit is zoals ik de negen criteria samenvat. Ten eerste is dat de ‘bepaalmacht’. Drie van de negen omstandigheden zijn daartoe te herleiden: de wijze waarop (werk)tijden worden bepaald (2<sup>e</sup>), hoe het contract tot stand is gekomen (5<sup>e</sup>) en hoe de beloning wordt bepaald (6<sup>e</sup>). Het opmerkelijke is dat alleen de wijze waarop werk(tijden) worden bepaald te herleiden is tot “in dienst van”. De andere omstandigheden die over bepaalmacht gaan zien op loon en contractuele voorwaarden. Daaraan ligt (althans in theorie) de contractsvrijheid ten grondslag. Het gaat er blijkbaar niet zozeer om wat partijen hebben afgesproken, maar het gaat om hun feitelijke machtsverhouding. Het zal overigens niet altijd even makkelijk zijn vast te stellen wie die bepaalmacht in de praktijk heeft. Verder ligt het voor de hand dat partijen die geen arbeidsovereenkomst willen aangaan de totstandkoming van de overeenkomst, inclusief de onderhandelingen, schriftelijk gaan documenteren teneinde aan te tonen dat de bepaalmacht niet hoofdzakelijk bij de opdrachtgever lag.

### 3.5 *Inbedding*

Het tweede criterium is “inbedding” (4<sup>e</sup>). Het gaat daarbij om “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”. Dit criterium kan een rol spelen als een beweerdelijk zelfstandige in een organisatie precies hetzelfde werk doet als mensen in loondienst en daartoe ook in de organisatie is ingebed. De Hoge Raad verwijst hier naar zijn Ponstypiste-arrest uit 1978, waarin de kern van deze overweging terug te vinden is (ECLI:NL:HR:1978:AC6391). De passage

krijgt nog wat meer reliëf doordat de A-G had geconcludeerd om alleen de inbedding van het werk van belang te achten en niet de inbedding van de werker. Deze werker komt dus wel terug in het arrest, hetgeen ruimte biedt aan een pleidooi dat iemand die enige tijd ingebed in de organisatie werk doet (bijvoorbeeld een vervanging tijdens zwangerschapsverlof) toch als zelfstandige kan worden gekwalificeerd omdat hij zelf niet is ingebed door de relatief korte duur van de opdracht. Wat ook door de Hoge Raad buiten beschouwing is gelaten, is de gedachte om aan te sluiten bij het begrip “kernactiviteit”. Het hof had geoordeeld dat de bezorging de kernactiviteit van Deliveroo was, terwijl Deliveroo zelf stelde slechts een techbedrijf te zijn. Ik juich het toe dat de Hoge Raad dit niet heeft opgenomen in de catalogus, omdat het tot een wat ongrijpbare discussie leidt en het criterium ook gemist kan worden.

### 3.6 *De hoedanigheid van werk, beloning en werker*

Het derde criterium betreft de rest van de omstandigheden – de aard en duur van het werk (1<sup>e</sup>), de hoogte van de beloning (7<sup>e</sup>), loopt de werker commercieel risico (8<sup>e</sup>) en gedraagt de werker zich als ondernemer (9<sup>e</sup>). Deze omstandigheden zien kort gezegd op de hoedanigheid van werk, beloning en werker. Zij geven de rechter de ruimte om bijvoorbeeld te oordelen dat eenvoudig bezorgwerk tegen een laag loon eerder bij een arbeidsovereenkomst past of, omgekeerd, om juist goed betaald specialistisch werk niet als behorend bij de arbeidsovereenkomst te beschouwen.

De arbeidsrelatie is dus in steeds meer situaties “ontzagd” en daarvoor heeft de Hoge Raad de gezichtspuntencatalogus gecreëerd waarin drie kernelementen een rol spelen: bepaalmacht, inbedding en hoedanigheid. Overigens wil ik met de term “ontzagging” niet betogen dat het gezagscriterium en de daarop gebaseerde rechtspraak niet meer relevant zijn. Maar de rechter kan dus ook zonder die eerdere rechtspraak toch concluderen dat aan het element “in dienst van” is voldaan.

### 3.7 *Het ondernemerschap*

Aanvankelijk baarde het ondernemerschap als onderdeel van de catalogus enig opzien. Het daarbij gebruikte argument dat dit niet volgt uit de tekst van art. 7:610 BW overtuigt mij niet. Dat geldt immers voor vrijwel alle genoemde omstandigheden. De introductie van dit gezichtspunt brengt het Nederlandse werknemersbegrip dichterbij het Europese werknemersbegrip. In FNV KIEM (ECLI:EU:C:2014:2411) heeft het HvJ EU hieraan ruimte gegeven. Op een ander punt lopen deze begrippen overigens mogelijk niet parallel: het HvJ EU benadrukt steeds dat alleen de feitelijke situatie van belang mag zijn en dat de bedoeling van partijen geen rol mag spelen. In Nederland speelt die bedoeling wel een rol, zij het dat dat in de eerste (uitleg)fase is (althans tot op zekere hoogte; zie ECLI:NL:PHR:2022:578, rdnr. 7.10 en 7.20). Een mogelijke verklaring voor dat verschil is dat het EU-recht alleen relevant is voor de kwalificatievraag en niet voor de voorafgaande uitlegfase.

Wat dit criterium anders maakt, is dat het niet (alleen) gaat over de vraag of de werker zich ten opzichte van de werkverschaffer als ondernemer gedraagt, maar (juist ook) hoe hij zich daarbuiten gedraagt. Dat blijkt uit de woorden “in het economisch verkeer”. Dit element maakt het herkwalificatierisico voor de werkverschaffer moeilijker in te schatten: hoe kan hij met zekerheid weten of iemand die zegt ondernemer te zijn zich ook eerder en elders zo heeft gedragen? Een ander gevolg hiervan is dat twee zelfstandigen die verder in dezelfde omstandigheden verkeren de ene keer wel en de andere keer niet als werknemer kunnen worden geherkwalificeerd. Dat leidt tot genuanceerde oordelen, maar kan bij instellingen die met veel zelfstandigen werken tot moeilijk uitlegbare verschillen leiden. Het wordt allemaal nog genuanceerder door de strofes “gedraagt of kan gedragen” en “het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt” (onderstreping toegevoegd; JvS). Dat ook het verleden in acht moet worden genomen ligt voor de hand, maar waaraan moeten we denken bij iemand die zich als ondernemer kan gedragen? Hebben we het dan over iemand die twee maanden als consultant fulltime ingebed is in een organisatie, maar wel een onderneming heeft waarmee hij zich na die opdracht weer als ondernemer gaat gedragen?

Het lijstje van de Hoge Raad met voorbeelden van ondernemersgedrag is vrij kort en komt een beetje willekeurig over: gedraagt de werker zich in het economisch verkeer als ondernemer, bijvoorbeeld door het verwerven van een reputatie, bij acquisitie, fiscale behandeling, en het aantal opdrachtgevers en de duur van de opdracht? Niet overgenomen voorbeelden die de A-G noemde zijn: betaalt de werkverschaffer op factuur van de werker? Kan de werker zich tijdens het werk presenteren met zijn eigen bedrijf? Heeft de werker een eigen arbeidsongeschiktheidsverzekering en pensioenvoorziening? Het valt op dat dit ook al elementen in het arrest van het hof waren die de Hoge Raad niet overnam in de catalogus. Een aantal voor de hand liggende elementen ontbreken eveneens: het businessmodel, de KvK-inschrijving, de eigen bedrijfsmiddelen en investeringen, de vergunning en de vrijheid om voor concurrenten te werken.

De belangrijkste vraag is hoe het ondernemerschap meeweegt. Kan het een kantelpunt vormen bij de kwalificatie? Is het in sommige gevallen toegestaan om te beginnen met de ondernemerstoets en, als deze overtuigend blijkt, de andere omstandigheden marginaler te beoordelen? Mij lijkt die aanpak denkbaar bij evidente ondernemers, al begrijp ik dat niet iedereen daar hetzelfde onder verstaat.

### 3.8 *De plannen van Minister Van Gennip*

Interessant is om te bezien hoe het arrest zich verhoudt tot de plannen van de wetgever. In dat verband had Minister Van Gennip op 3 april van dit jaar (*Kamerstukken II 2022/23, 29544, nr. 1176*) laten weten dat ter structurering van de open norm ‘werken in dienst van’ aan drie hoofd-

elementen wordt gedacht: “materiële ondergeschiktheid (toezicht, instructies etc.), de organisatorische inbedding van het werk, en – als contra-indicatie voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst – zelfstandig ondernemerschap binnen de betreffende arbeidsrelatie”. De plannen wijken op drie punten af van het arrest. Ten eerste zien die alleen op invulling van het begrip “in dienst van” en niet, zoals in het arrest, op alle vereisten. Ten tweede ontbreekt in het arrest “materiële ondergeschiktheid”. En ten derde wordt het element ‘zelfstandig ondernemerschap’ getoetst binnen de desbetreffende arbeidsrelatie, wat in het licht van het arrest plotseling vrij merkwaardig lijkt. Het is nu afwachten of de Minister opnieuw verandering gaat aanbrengen in de plannen.

### 3.9 *De betekenis van een beding voor de werker*

Sinds een aantal jaren zijn begrippen als schijnzelfstandige en schijnconstructie in opkomst. Een goede juridische betekenis van deze begrippen is er nog niet (zie ook Zwanenburg in *Ondernemingsrecht 2022/78*). Ook de al langer in zwang zijnde term “wezen gaat voor schijn” is een niet erg dogmatisch onderbouwde toverformule die het kwalificatieproces soms veel te snel doodslaait. Maar dat neemt niet weg dat de praktijk soms hulp nodig heeft. Op drie punten biedt de Hoge Raad die hulp. Over de bepalingsmacht en het kijken naar de feitelijke uitvoering had ik het hiervoor al. Het derde hulpmiddel houdt in dat het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding bij beantwoording van de vraag of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, mede afhangt van de mate waarin dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die de werkzaamheden verricht. De Hoge Raad past dit direct toe op de vervangingsclausule bij Deliveroo (rov. 3.3.5). In het arrest werkt dat in het voordeel van degene die graag als werknemer wil worden gekwalificeerd, maar het kan ook andersom. Als bedingen voor de zelfstandigenstatus pleiten en ze worden wél toegepast, dan kunnen die ook juist de weegschaal richting de andere kant bewegen. Een voorbeeld is de afspraak dat een werker ook voor concurrenten van de werkverschaffer mag werken. Die afspraak duidt op ondernemerschap. Als hij ook voor concurrenten werkt, heeft dat daadwerkelijk betekenis voor hem.

### 3.10 *Verschijningsvrijheid*

Eigenlijk introduceert het arrest nog een tiende gezichtspunt in rechtsoverweging 3.3.4, die gaat over de vrijheid om al dan niet op het werk te verschijnen en om opdrachten al dan niet te aanvaarden. Verschijningsvrijheid “sluit op zichzelf het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet uit”. Dat is in lijn met eerdere rechtspraak van de Hoge Raad waarin werd geoordeeld dat appelplukkers een arbeidsovereenkomst hadden hoewel zij vrij waren om te komen (ECLI:NL:HR:1997:AA2165). Interessant is dat de Hoge Raad dit wat verder uitwerkt: “(...) waarbij in het bijzonder van belang is wat geldt indien betrokkene wel verschijnt en een opdracht tot werk aanvaardt, en de frequentie waarmee en de duur waarvoor dat doorgaans ge-

schiedt". Deze passage is toegeschreven op platformarbeid, waarbij de werker veelal via de app online gaat (dus verschijnt) en daarna aanbiedingen krijgt. Mocht de werker vaak een opdracht (kunnen) weigeren, dan lijkt dat tegen een arbeidsovereenkomst te pleiten en vice versa.

### 3.11 *Vervangingsvrijheid*

Art. 7:659 lid 1 BW bepaalt dat de werknemer verplicht is de arbeid zelf te verrichten. In een arrest uit 1957 had de Hoge Raad geoordeeld dat vervangingsvrijheid niet verenigbaar was met een arbeidsovereenkomst (ECLI:NL:HR:1957:3). Er was al langere tijd een sluimerend debat of dat wel klopte: je kan ook zeggen dat art. 7:659 BW pas aan de orde is als iemand eerst gekwalificeerd is als werknemer. De Hoge Raad verheft ook dit tot een onderdeel van de catalogus en vindt dat het hof dat onderdeel goed heeft toegepast door te oordelen dat alleen als vervanging een verdienmodel voor de werker kan worden, het een relevante omstandigheid is.

### 3.12 *Slotbeschouwing*

Het Deliveroo-arrest is nu al een standaardarrest door de gezichtspuntencatalogus. Verwacht mag worden dat er nu jurisprudentie komt over de uitwerking en toepassing daarvan. Hopelijk leidt dat tot eenvormigheid rondom bepaalde veelvoorkomende casussen. Denkbaar is dan bijvoorbeeld dat de zij-aan-zij-zzp'er in onderwijs en zorg wegens inbedding van werk en werker als werknemer wordt gekwalificeerd. Tegelijk is denkbaar dat een specialistische zzp'er met een hoog uurtarief dat weer niet is. Het arrest zal vermoedelijk tot genuanceerde uitkomsten kunnen leiden, maar wel met een wat hogere voorspelbaarheid dan nu het geval is. Het is bewonderenswaardig dat de Hoge Raad binnen het geldend recht is gebleven en toch kans heeft gezien om een nieuwe impuls te geven aan de zoektocht naar een oplossing voor een groot maatschappelijk probleem. Het is ook een evenwichtig arrest omdat het de voor- en tegenstanders van zelfstandigen beiden gezichtspunten aanreikt die zij in hun voordeel kunnen inzetten: de tegenstanders zullen blij zijn met de inbedding; de voorstanders met het ondernemerschap. Tegelijkertijd maak ik me wel zorgen over hoe de bepalmacht zich in de praktijk zal verhouden tot de contractsvrijheid.

*Jaap van Slooten*