

---

## Juridisch up to Date

---

2021-0220 - Juridisch up to Date 2021-11 d.d. 26-11-2021

Rubriek: Arbeid

## Drie keer hetzelfde, maar toch anders

**Flexibele arbeid is de trend. Er zijn vele verschijningsvormen. In deze bijdrage wordt ingezoomd op het onderscheid tussen een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht. Dat dit onderscheid niet altijd makkelijk te maken is, blijkt alleen al uit de vele rechtspraak die hierover is verschenen. Aan de hand van drie recente maar zeer verschillende uitspraken over dezelfde problematiek probeer ik enige houvast te geven bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie.<sup>1</sup>**

## De maaltijdbezorger

In 2018 en 2019 verschenen de van belang zijnde uitspraken in eerste aanleg over het al dan niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst van de bezorgers van Deliveroo. In de eerste zaak tussen een individuele medewerker en Deliveroo oordeelde de kantonrechter nog dat hij op basis van een overeenkomst van opdracht werkzaam was. In de tweede, tussen FNV en Deliveroo, luidde het oordeel van de rechter dat de medewerkers van Deliveroo op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. Tegen deze uitspraak is Deliveroo in hoger beroep gegaan, welke uitspraak hierna als eerste zal worden besproken.<sup>2</sup>

Het Amsterdamse Hof neemt allereerst in ogenschouw dat sinds eerste aanleg de overeenkomsten die Deliveroo met haar bezorgers heeft gesloten en ook de wijze waarop de bezorgers hun werkzaamheden dienen te verrichten, zijn gewijzigd. Er geldt een nieuw reserveringssysteem, Free Login. Dit betekent dat het niet meer mogelijk is om van tevoren een bepaalde bezorgsessie te reserveren. Bezorgers kunnen op elk gewenst moment inloggen en kunnen pas dan bestellingen toegewezen krijgen. Verder heeft de Hoge Raad inmiddels het belangrijke arrest inzake *X/Gemeente Amsterdam*<sup>3</sup> gewezen. Daarin is overwogen dat niet van belang is of partijen daadwerkelijk de bedoeling hadden om de overeenkomst al dan niet onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Die omschrijving houdt in dat de werknemer zich verbindt om in dienst van de werkgever tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Indien dat het geval is, moet de overeenkomst worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst. Met dit arrest is duidelijk geworden dat de bedoeling van partijen dus geen rol speelt bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst. Volgens het hof is alles wat door partijen is opgemerkt over de partijbedoeling, daarmee niet meer relevant. Gekeken moet worden naar de elementen *in dienst, loon, gedurende zekere tijd en arbeid*. Aan de hand van de tussen partijen overeengekomen rechten en verplichtingen moet worden beoordeeld of aan deze elementen is voldaan.

Ten aanzien van het element *arbeid* overweegt het hof het volgende. Volgens het hof geeft het nieuwe systeem aan de bezorgers een hoge mate van vrijheid om zich aan te melden als zij willen. Dit zou kunnen duiden op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst, maar is naar het oordeel van het hof niet van dien aard dat daarmee de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst onverenigbaar is. Daarbij is ook van belang dat een bezorger zich bij gelegenheid kan laten vervangen, maar niet permanent zonder dat dit door Deliveroo is geaccepteerd. Dit principe is niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

Ten aanzien van het element *loon* acht het hof van belang dat Deliveroo een automatische tweewekelijkse betaling doet aan een bezorger. Dat lijkt eerder op de gang van zaken bij een arbeidsovereenkomst dan bij een overeenkomst van opdracht waarbij de opdrachtnemer zelf factureert. De bezorgers hebben geen invloed op de hoogte van het loon. Ook is relevant dat de meeste bezorgers, ruim twee derde, niet BTW-plichtig zijn omdat de werkzaamheden hobbymatig zijn. Dat betekent dat daarmee minder dan 40% van het minimumloon wordt verdiend. Voor de omzetbelasting worden zij dus niet als ondernemers beschouwd. De wijze waarop de loonbetaling plaatsvindt, wijst eerder op de aanwezigheid dan de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst.

Met betrekking tot de beoordeling van het element *in dienst* overweegt het Hof dat de vrijheid van de bezorger om zelf de precieze route voor het bezorgen te bepalen, betrekkelijk is omdat hij de bestelling binnen 30 minuten moet hebben afgeleverd en dus de snelste route zal kiezen. De werkzaamheden, het ophalen en bezorgen van maaltijden, zijn zodanig dat daarvoor weinig aanwijzingen nodig zijn. De aard van de werkzaamheden zegt dus niet veel over de aan- dan wel afwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Verder komt het Hof tot de conclusie dat het bezorgen van maaltijden een kernactiviteit van Deliveroo is. Het verrichten van deze arbeid duidt op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Het hof vindt hiervoor steun in een oud arrest van de Hoge Raad uit 1978 (Ponstypiste). Het feit dat Deliveroo de inhoud van de contracten en de wijze waarop de arbeid is georganiseerd steeds eenzijdig wijzigt, zou erop duiden dat zij gezag uitoefent over de bezorgers. Ook de vergaande controlemogelijkheid via het GPS-systeem, het toekennen van bonussen en de wijze waarop de bezorgers zich naar buiten toe presenteren duiden op de aanwezigheid van een gezagsrelatie. De tussenconclusie van het hof is dat de wijze waarop de bezorgers hun werkzaamheden verrichten, veeleer duidt op een gezagsrelatie dan op de afwezigheid daarvan. Daaraan voegt het hof nog toe dat de meeste bezorgers zich maatschappelijk niet presenteren als ondernemer.

Het element *gedurende zekere tijd* behandelt het hof samen met het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW. Volgens het hof is niet gebleken dat de bezorgers de arbeid in een verwaarloosbare omvang doen zoals door Deliveroo is gesteld. Dat 60% van de bezorgers ten minste één maand of langer geen bezorgingen doet, vindt het hof niet zoveel zeggen omdat ook een werknemer zijn werktijd onderbreekt met vakanties. Er is dan ook voldaan aan het element dat de arbeid gedurende zekere tijd dient te worden verricht.

Alles bij elkaar genomen oordeelt het hof dat de bezorgers van Deliveroo werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Interessant is nog op te merken dat volgens Deliveroo de bezorgers de voorkeur geven aan een overeenkomst van opdracht boven een arbeidsovereenkomst. Het hof acht dit niet van belang, omdat het partijen niet vrijstaat de kwalificatie van een overeenkomst zelf te bepalen.

Uit deze uitspraak van het hof, waarop inhoudelijk weinig valt af te dingen, blijkt hoezeer alle feiten en omstandigheden van belang zijn bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie tussen partijen. Het is interessant om te zien dat de maatschappelijke positie van de bezorgers van Deliveroo wordt meegenomen in de beoordeling, maar van ondergeschikt belang is. Heel anders is dat in de zaak tussen de Directeur Financiën en de Volksbank, waarover de Utrechtse Kantonrechter recent moest oordelen.<sup>4</sup>

## De Directeur Financiën

De Directeur Financiën sluit op 12 december 2019 een overeenkomst van opdracht met de Volksbank. Op basis daarvan is hij met ingang van 1 januari 2020 zijn functie gaan vervullen. De Directeur Financiën was ervan op de hoogte dat hij in een onrustige tijd bij de Volksbank kwam te werken. De dynamiek binnen de directie was niet goed en men hoopte met behulp van een teamcoach daarin verbetering te brengen. Al snel ontstonden er spanningen tussen de Directeur Financiën en de bank, in het bijzonder in de verhouding tot een andere directeur. De Directeur Financiën verweet die directeur onvolkomenheden bij het opstellen van een rapport en de jaarrekening over 2019. Er werd onderzoek gedaan, maar hieruit kwam geen frauduleus handelen naar voren. De directeur nam het de Directeur Financiën kwalijk dat hij daarna niet bij hem op de kwestie is teruggekomen. Vervolgens ontstond een ruzie tussen de Directeur Financiën en een ander directielid over het vertrek van de General Counsel. Een aantal ondergeschikte managers twijfelde aan de geschiktheid van de General Counsel. Volgens de Directeur Financiën was door het directielid te snel besloten tot het vertrek van de General Counsel en had eerst onderzoek moeten plaatsvinden. Na het vertrek van de General Counsel vindt dit onderzoek alsnog plaats. Daar kwam een zeer onveilige werksfeer naar voren, niet alleen binnen de afdeling van de General Counsel maar ook binnen de directie. Omdat hij vreesde dat het rapport zou verdwijnen, heeft de Directeur Financiën daarna contact opgenomen met een hoge ambtenaar binnen het ministerie van Financiën en melding gemaakt van het een en ander. De Raad van Commissarissen heeft het de Directeur Financiën kwalijk genomen dat hij zonder eerst intern naar een oplossing te zoeken deze melding had gedaan. Vervolgens heeft de bank besloten om tot ontslag van de Directeur Financiën over te gaan wegens kort gezegd een vertrouwensbreuk. Op 11 augustus 2020 is aan de Directeur Financiën een vaststellingsovereenkomst voorgelegd. De Directeur Financiën heeft zich een dag later ziek gemeld. Een regeling werd niet bereikt. De bank heeft de Directeur Financiën vervolgens ontslagen als bestuurder en zijn overeenkomst van opdracht opgezegd per 31 januari 2021. De Directeur Financiën heeft zich beroepen op de vernietigbaarheid van het ontslagbesluit en het

opzegverbod bij ziekte, stellende dat hij werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst. In een onafhankelijk onderzoek was inmiddels komen vast te staan dat, anders dan de Directeur Financiën stelde, geen sprake is geweest van structureel intimiderend- en pestgedrag.

In een kort geding, waarin de Directeur Financiën wedertewerkstelling en loon vorderde, trok hij aanvankelijk aan het kortste eind. De kantonrechter oordeelde dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. In hoger beroep werden de vorderingen van de Directeur Financiën alsnog toegewezen. Vervolgens is de Directeur Financiën een verzoekschriftprocedure gestart waarin hij vernietiging van de opzegging vordert dan wel een billijke vergoeding van € 2,5 miljoen bruto en voor het geval geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, schadevergoeding van € 2,8 miljoen. De bank heeft de vorderingen betwist.

De rechter overweegt dat het in dit geding gaat om de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen de bank en de Directeur Financiën. Onder verwijzing naar de arresten Groen/Schoevers en X/Gemeente Amsterdam moeten uitleg en kwalificatie worden onderscheiden, waarbij de bedoeling van partijen alleen van betekenis is bij de uitleg van de rechten en verplichtingen van partijen maar niet bij de kwalificatie. De partijbedoeling moet – vergaand – worden gerelativeerd als deze vooral is ingegeven door wat de werkverschaffer als de in economisch opzicht beduidend sterkere partij bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond en dit niet strookt met de wijze waarop feitelijk uitvoering aan de overeenkomst is gegeven. Dan gaat het wezen voor de schijn en moet, met het oog op het dwingendrechtelijke karakter van het arbeidsrecht en ter bescherming van de zwakkere positie van de werker, door de in het contract gekozen bewoordingen heen worden gekeken. Dit laatste doet zich in de verhouding tussen de bank en de Directeur Financiën niet voor. Zij moeten worden beschouwd als professionele partijen die in rechtskennis niet voor elkaar onderdoen. De Directeur Financiën was eerst registeraccountant en wist dat de bank een overeenkomst van opdracht wilde aangaan. Hij heeft daarover ook nooit vragen gesteld. De directeur kende bovendien de positie van de Volksbank als staatsbank en het streven om binnen afzienbare tijd de bank naar de beurs te brengen, in welke situatie directieleden alleen op basis van een overeenkomst van opdracht werkzaam kunnen zijn.<sup>5</sup> Het contrast met de onderkant van de arbeidsmarkt kon nauwelijks groter zijn, aldus de rechter. Onder deze omstandigheden is er reden om de gesloten overeenkomst in hoge mate *at face value* te beoordelen en bestaat er op voorhand geen aanleiding om door de tekst van de overeenkomst heen te kijken. Uit de overeenkomstige toepassing van arbeidsrechtelijke regels op de overeenkomst, zoals een werkweek van 40 uur, kan niet worden afgeleid dat de positie van de Directeur Financiën binnen de bank vergelijkbaar was met die van andere bankmedewerkers / niet-bestuurders. Ook de arbeidsrechtelijke bepalingen die de overeenkomst bevat, zoals recht op vakantiegeld, een dertiende maand, betaald vakantieverlof, doorbetaling bij arbeidsongeschiktheid, een zorgverzekering en een pensioenvoorziening vormen geen aanwijzing voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Deze benadering leidt tot de conclusie dat de overeenkomst kwalificeert als een overeenkomst van opdracht. De vorderingen van de Directeur Financiën gebaseerd op het bestaan van een arbeidsovereenkomst worden afgewezen. Vanwege de rol die de Directeur Financiën zelf heeft gespeeld, wordt aan hem ook geen schadevergoeding toegekend vanwege onrechtmatig handelen door de bank en wordt hem de contractuele beëindigingsvergoeding evenzeer ontzegd.

Ofschoon het bevredigend aanvoelt dat de Directeur Financiën na een turbulente samenwerking van nog geen jaar geen riante vergoedingen opstrijkt, zijn in de literatuur terecht kritische kanttekeningen bij deze uitspraak geplaatst.<sup>6</sup> De rechter laat zich leiden door de tekst van de overeenkomst (*at face value*) die 'overeenkomst van opdracht' vermeldt. Door de overeenkomst als zodanig te labelen hebben partijen dus uiting gegeven aan hun bedoeling, die de rechter meeweegt bij de kwalificatie van de overeenkomst. En dat is juist niet de bedoeling, zo volgt uit X/Gemeente Amsterdam. De rechter heeft misschien geredeneerd vanuit de meest wenselijke uitkomst, namelijk dat de Directeur Financiën niet profiteert van zowel de hoge beloning als opdrachtnemer als de arbeidsrechtelijke ontslagbescherming. Als deze uitspraak navolging krijgt, kunnen bestuurders van dit niveau op basis van arbeidsvoorwaarden werkzaam zijn maar wel formeel een overeenkomst van opdracht hebben. Dat druist in tegen het arbeidsrecht.

## De nieuwslezer

Een weer geheel andere categorie betreft de freelancer. Recent moest de Arnhemse Kantonrechter<sup>7</sup> zich uitlaten over de kwalificatie van de overeenkomst van een nieuwslezer. De nieuwslezer heeft in 2007 enkele dagen in de maand augustus gewerkt voor Omroep Gelderland op freelance basis. Partijen hebben in de periode van 1 augustus 2008 tot 1 februari 2018 telkens overeenkomsten van opdracht meestal voor een jaar gesloten met als werkzaamheden 'redactie

+ bulletinlezen'. Met ingang van 1 februari 2018 sloot Omroep Gelderland een overeenkomst met Tentoo, een payrollbedrijf, die de nieuwslezer te werk stelde bij Omroep Gelderland. Op 1 december 2020 heeft Omroep Gelderland laten weten dat de samenwerking met Tentoo zou stoppen per april 2021 en dat de nieuwslezer weer kon freelancen op basis van een overeenkomst van opdracht met Omroep Gelderland. De nieuwslezer is op dat aanbod niet ingegaan. Daarop volgde een discussie over de aard van de rechtsverhouding tussen partijen. Volgens de nieuwslezer was sprake van een arbeidsovereenkomst en volgens Omroep Gelderland van een overeenkomst van opdracht. De nieuwslezer is sindsdien niet meer tewerkgesteld. De nieuwslezer is een procedure gestart, waarin zij tewerkstelling, loondoorbetaling en met terugwerkende kracht aanmelding bij het pensioenfonds vordert.

Volgens de rechter bestond tussen Tentoo en de nieuwslezer vanaf 1 februari 2018 tot aan april 2021 een overeenkomst van opdracht. Dat is ook niet door de nieuwslezer weersproken. De vorderingen gebaseerd op het bestaan van een arbeidsovereenkomst voor deze periode worden afgewezen. Om te beoordelen of sprake was van een arbeidsovereenkomst van 2010 tot 2018 moet eerst worden vastgesteld welke rechten en verplichtingen partijen over en weer zijn overeengekomen aan de hand van de Haviltexmaatstaf. Daarna wordt beoordeeld of die overeenkomst is te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst. Kortom, eerst uitleg en daarna kwalificatie, aldus de rechter. Bij de uitleg van wat partijen zijn overeengekomen zijn alle feiten en omstandigheden in onderling verband gezien van belang. Hierbij hoort ook de kennelijke bedoeling van partijen, zoals die onder meer blijkt uit de feitelijke gedragingen over en weer in de uitvoering van de overeenkomst. Het was de bedoeling van beide partijen dat de nieuwslezer als opdrachtnemer/freelancer bij 'ziek en piek' radiobulletins presenteerde. De werkzaamheden werden daadwerkelijk en feitelijk uitgevoerd als een overeenkomst van opdracht was gesloten. De nieuwslezer vond zelf ook dat zij in 2007 en 2008 op basis van een overeenkomst heeft gewerkt. Nadien is het karakter van de werkzaamheden of de rechtsrelatie niet gewijzigd. Als de nieuwslezer werd opgeroepen, kwam zij werken. De frequentie wisselde en ze werd betaald voor gewerkte uren. Ook verrichtte zij de werkzaamheden nagenoeg zelfstandig. De rechter is dan ook van oordeel dat de rechten en verplichtingen niet leiden tot de conclusie dat er tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan. De rechtsverhouding tussen partijen voldoet wel aan de kenmerken van een overeenkomst van opdracht en niet voldoende aan de kenmerken van een arbeidsovereenkomst. Er is niet voldaan aan het gezagscriterium. Daarnaast ging de nieuwslezer nooit naar vergaderingen en werden er geen functioneringsgesprekken gevoerd. Ook acht de rechter daarbij van belang dat binnen Omroep Gelderland geen functie van 'nieuwslezer radio' bestond. Het lezen van nieuwsbulletins is voor vaste krachten van Omroep Gelderland slechts een onderdeel van een breder takenpakket. Ook de grondslag om de nieuwslezer aan te melden bij het pensioenfonds ontbreekt derhalve.

De rechter komt op basis van een logische redenering tot de mijns inziens juiste uitkomst. De uitspraak laat goed zien hoe lagere rechters de arbeidsrelatie beoordelen. Die beoordeling dient plaats te vinden op grond van alle omstandigheden van het geval, zij het dat daarbij de partijbedoeling ten aanzien van de kwalificatie van de overeenkomst geen rol meer speelt maar mogelijk wel bij het uitleggen van de rechten en verplichtingen. De Arnhemse Kantonrechter begint de beoordeling van de arbeidsrelatie zelfs met het vaststellen van de kennelijke bedoeling van partijen, omdat hieraan in deze zaak relevantie toekwam. In de zaak van de maaltijdbezorger speelt de partijbedoeling bij het uitleggen van de rechten en verplichtingen een minder grote rol. De gezichtspunten die van belang zijn bij het uitleggen van de rechten en verplichtingen zullen dus per zaak verschillen.

## Tot besluit

De beoordeling van de arbeidsrelatie is een heel feitelijke, waarbij alle feiten en omstandigheden van belang zijn. Gelukkig is hiervoor in de rechtspraak door de jaren heen een helder beoordelingskader ontwikkeld, waarmee wij juristen ons voordeel kunnen doen.

Noten :

1. Ik beperk mij in deze bijdrage tot de civielrechtelijke kwalificatie van de arbeidsrelatie. De Wet DBA blijft buiten beschouwing.
2. Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392.
3. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746.
4. Ktr. Utrecht 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBVNE:2021:3667.
5. Artikel 2:132 lid 3 BW.
6. Zie bijv. de noot van S.J. Sterk en C.J. Gerritsen in JAR 2021/206.
7. Ktr. Arnhem 28 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5741.

Auteur(s): Mr. M. (Margot) van Herwerden, Houthoff, Amsterdam