

ECLI:NL:HR:2023:443

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	24-03-2023
Datum publicatie	24-03-2023
Zaaknummer	21/02090
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2022:578, Gevolgd In cassatie op : ECLI:NL:GHAMS:2021:392, Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Arbeidsrecht. Overeenkomstenrecht. Maatstaf om overeenkomst als arbeidsovereenkomst aan te merken, art. 7:610 BW; betekenis vrijheid om te komen werken en vrijheid om zich te laten vervangen. Rechtsvormende taak Hoge Raad.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Viditax (FutD), 24-3-2023 V-N Vandaag 2023/663 FutD 2023-0764 met annotatie van Fiscaal up to Date AR-Updates.nl 2023-0400 met annotatie van A.R. Houweling Sdu Nieuws Arbeidsrecht 2023/128 V-N 2023/15.6 met annotatie van Redactie NJB 2023/890 NLF 2023/0744 met annotatie van Frank Werger RvdW 2023/371 JAR 2023/107 met annotatie van E.F. Grosheide Juridisch up to Date 2023-0074 Belastingadvies 2023/9.4 Ondernemingsrecht 2023/50 met annotatie van J.M. van Slooten RAR 2023/73 NTFR 2023/507 met annotatie van mr. D. Westerman TvPP 2023,afl. 3, p. 110 RCR 2023/39 Prg. 2023/173 TRA 2023/70 met annotatie van M.D. Ruizeveld BNB 2023/95 met annotatie van A.L. Mertens XpertHR.nl 2023-20008818 Sdu Nieuws Belastingzaken 2023/271 UDH:TAC/17856 met annotatie van Mr. R.A.A. Duk UDH:TvAR/17862 met annotatie van Mr. R.A.A. Duk

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 21/02090

Datum 24 maart 2023

ARREST

In de zaak van

DELIVEROO NETHERLANDS B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
EISERES tot cassatie,
hierna: Deliveroo,
advocaat: F.M. Dekker,

tegen

FEDERATIE NEDERLANDSE VAKBEWEGING,
gevestigd te Utrecht,
VERWEERSTER in cassatie,
hierna: FNV,
advocaat: S.F. Sagel.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaak 7044576 CV EXPL 18-14763 van de kantonrechter te Amsterdam van 15 januari 2019;
- b. het arrest in de zaak 200.261.051/01 van het gerechtshof Amsterdam van 16 februari 2021.

Deliveroo heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

FNV heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor Deliveroo mede door L.B. de Graaf en voor FNV mede door I.L.N. Timp.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van Deliveroo heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 Deze zaak gaat over de vraag of de maaltijdbezorgers van Deliveroo in Nederland werkzaam waren op basis van een arbeidsovereenkomst.

2.2 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden neergelegd in het bestreden arrest in rov. 2.1-2.11.¹ Kort weergegeven gaat het om het volgende. De formulering hiervan is aangepast aan de omstandigheid dat Deliveroo haar activiteiten in Nederland eind 2022 heeft beëindigd. Dat doet verder in cassatie niet ter zake.

(i) Deliveroo dreef vanaf 2015 in Nederland een digitaal platform waarop bij onafhankelijke restaurants maaltijden konden worden besteld en betaald. Zij bood ook een bezorgdienst aan voor de bezorging vanaf de restaurants naar de klanten.

(ii) Bezorgers werkten oorspronkelijk op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Met ingang van februari 2018 heeft Deliveroo besloten deze arbeidsovereenkomsten niet meer te verlengen. Sinds 1 juli 2018 werkten bezorgers alleen nog op basis van een overeenkomst die werd omschreven als opdrachtovereenkomst. Sinds 21 september 2018 hanteerde Deliveroo twee soorten opdrachtovereenkomsten: de Regular-overeenkomst en de Unlimited-overeenkomst. Op grond van de Regular-overeenkomst kon per vier weken maximaal een bedrag van iets meer dan € 600 worden verdiend en bestond geen verplichting om op aangifte omzetbelasting te voldoen. Bij de Unlimited-overeenkomst kon meer dan dit bedrag per vier weken worden verdiend, en diende de bezorger omzetbelasting in rekening te brengen en af te dragen.

(iii) Betaling vond in beide gevallen plaats per afgeleverde bezorging en op basis van facturering, waarbij de normale gang van zaken was dat Deliveroo namens de bezorger de aan Deliveroo gerichte factuur opstelde. De opdrachtovereenkomst kon door de bezorger per direct worden opgezegd. Voor Deliveroo gold een opzegtermijn van een week. Gewoonlijk zegde Deliveroo de opdrachtovereenkomst niet op, ook niet als de bezorger geen werkzaamheden meer verrichtte. Deliveroo heeft de hoogte van de betaling per afgeleverde bezorging in de loop van de tijd gewijzigd.

(iv) Bezorgers moesten gebruik maken van een app om op hun telefoon bestellingen te ontvangen. Een bezorger kon op deze app inloggen. Sinds maart 2020 hanteerde Deliveroo het zogenoemde Free Login-systeem. Dat systeem houdt in dat geen sessies van tevoren kunnen worden gereserveerd. Iedere bezorger kon op het door hem gewenste moment inloggen en zich (direct) beschikbaar melden, zij het dat dat alleen kon op een moment en plaats waar Deliveroo een behoefte aan bezorgers voorzag. Uitsluitend bezorgers die waren ingelogd konden een bestelling krijgen aangeboden. Een aangeboden bestelling kon geweigerd worden, waarvoor in het systeem een van de volgende redenen kon worden opgegeven: restaurant te ver weg, restaurant wachttijd, wegen gesloten, autopech/fietspech, einde beschikbaarheid, 'dislike delivery area' of overig.

(v) Deliveroo maakte bij de toedeling van de bezorging van maaltijden gebruik van een algoritme, genaamd 'Frank'. Bezorgers konden via deze app inloggen. Zij konden ook door middel van de app chatten met (een medewerker van) Deliveroo wanneer zij problemen hadden met het afleveren van bestellingen.

(vi) Deliveroo betaalde aan haar bezorgers een vast bedrag per afgeleverde bestelling. Met de invoering van het Free Login-systeem per maart 2020 is zowel de hoogte van het per bezorging te betalen bedrag gewijzigd, als de wijze waarop bonussen werden vastgesteld. Voor korte ritten werd sindsdien gemiddeld een vergoeding betaald van € 3,50 per bezorgde bestelling, voor lange ritten een vergoeding van gemiddeld € 4,80 per bezorgde bestelling. Daarnaast werden nog steeds bonussen toegekend. In een bericht van Deliveroo op 6 mei 2020 staat hierover vermeld:

"De wekelijkse incentives worden een keer per week geüpload op maandag. (...) De incentives per bestelling zijn afhankelijk van de locatie waar het restaurant zich bevindt."

(vii) Volgens het contract konden bezorgers zich laten vervangen om de bezorging 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 toonde.

(viii) Voordat bezorgers (of hun vervangers) konden beginnen bij Deliveroo moesten zij een aantal instructiefilms van Deliveroo hebben bekeken.

(ix) Het materiaal leverde de bezorger zelf, in ieder geval een smartphone en het vervoermiddel (een fiets, motorfiets, auto of scooter).

2.3 In deze procedure heeft FNV primair een verklaring voor recht gevorderd dat de rechtsverhouding tussen Deliveroo en haar bezorgers, in afwijking van de partijafpraak, is aan te merken als een

arbeidsovereenkomst zoals bedoeld in art. 7:610 lid 1 BW.

2.4.1 De kantonrechter heeft de gevorderde verklaring voor recht toegewezen, waarbij de zinsnede "in afwijking van de partijafpraak" is gewijzigd in "in afwijking van het schriftelijke contract".² Het hof heeft dat vonnis bekrachtigd. Daaraan heeft het hof – voor zover in cassatie van belang – het volgende ten grondslag gelegd.³

Uitgangspunt

2.4.2 Uit de rechtspraak van de Hoge Raad leidt het hof af dat aan de hand van de tussen partijen overeengekomen rechten en verplichtingen moet worden beoordeeld of is voldaan aan de elementen 'arbeid', 'loon', 'in dienst' en 'gedurende zekere tijd'. Welke rechten en verplichtingen dat zijn moet aan de hand van het Haviltex-criterium worden vastgesteld. Er moet worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval. (rov. 3.5 en 3.6)

Arbeid

- Niet ter discussie staat dat door de bezorgers arbeid wordt verricht. (rov. 3.7.1)
- De bezorgers hebben in het Free Login-systeem een grote mate van vrijheid om zich aan te melden wanneer zij dat willen en om aangeboden ritten al dan niet te accepteren. Daaraan doet niet af dat een rit die is geaccepteerd in beginsel moet worden uitgevoerd. (rov. 3.7.4)
- Het is contractueel toegestaan dat bezorgers zich laten vervangen en dat gebeurt in de praktijk ook. Betaling vindt plaats aan de bezorger met wie Deliveroo heeft gecontracteerd. Met gebruikmaking van de app-gegevens van een bezorger kan slechts één persoon tegelijk werkzaamheden verrichten. Niet mogelijk lijkt dat een bezorger met Deliveroo contracteert en zijn werkzaamheden door allerlei andere vervangers tegelijk laat uitvoeren en dat dit een verdienmodel kan worden. Ook is niet gebleken dat een bezorger zich permanent door iemand anders kan laten vervangen, zonder dat dit door Deliveroo is geaccepteerd. Gelet op de relatief eenvoudige aard van de uit te voeren werkzaamheden stelt Deliveroo kennelijk weinig eisen voor de toestemming die zij aan een bezorger geeft om zich te laten vervangen. De vervangingsmogelijkheid die bezorgers hebben, is daarmee niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst, aangezien ook binnen een arbeidsovereenkomst de mogelijkheid bestaat dat de werknemer zich met toestemming van de werkgever laat vervangen. (rov. 3.7.5)
- De omstandigheid dat het bezorgers vrij staat voor een concurrerende onderneming te werken is niet van groot belang voor de aan- dan wel afwezigheid van een arbeidsovereenkomst, zeker nu ruim twee derde van de bezorgers bij Deliveroo hobbymatig werkt en aldus minder verdient dan 40% van het reguliere minimumloon. (rov. 3.7.7)
- De hiervoor geschetste vrijheid waarmee de arbeid kan worden verricht kan weliswaar duiden op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst, maar is niet van dien aard dat daarmee de kwalificatie 'arbeidsovereenkomst' onverenigbaar is. (rov. 3.7.8)

Loon

- Deliveroo betaalt de bezorgers voor de door hen verrichte werkzaamheden, waarmee reeds is voldaan aan het loonvereiste van art. 7:610 lid 1 BW. De door Deliveroo beschreven reguliere gang van zaken (een automatische tweewekelijkse betaling door Deliveroo aan de bezorger) lijkt meer op de gang van zaken bij een arbeidsovereenkomst, waarbij de werkgever uit zichzelf het loon moet betalen, dan op die bij een opdrachtovereenkomst, waarbij de opdrachtnemer factureert. (rov. 3.8.1)
- Hoewel de hoogte van het loon afhankelijk is van de verhouding tussen de vraag naar maaltijden en het aantal beschikbare bezorgers, maakt het aldus door marktwerking wijzigen van de loonhoogte niet dat de individuele bezorgers invloed hebben op de hoogte van het loon. Ook is niet gebleken dat bezorgers op andere wijze invloed hebben gehad op de hoogte van het loon. (rov. 3.8.2)
- Ruim twee derde van de bezorgers verdient minder dan 40% van het (reguliere)

minimumloon, en de Belastingdienst merkt hun werkzaamheden aan als hobbymatig. In het arrest FNV/KIEM van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU)⁴ wordt een onderscheid gemaakt tussen het werknemerschap en het ondernemerschap. Het zijn van ondernemer is een indicatie voor het niet-zijn van werknemer. Het ontbreken van ondernemerschap kan daarmee een indicatie vormen voor werknemerschap. Ruim twee derde van de bezorgers van Deliveroo beschouwt zich, in ieder geval als het gaat om de omzetbelasting, niet als ondernemer. Gelet op de benaming die Deliveroo aan de contracten geeft, gaat zij ervan uit dat de afwezigheid van de verplichting op aangifte omzetbelasting te voldoen (dus hobbymatig werken) uitgangspunt is, nu dit contract 'Regular' wordt genoemd. (rov. 3.8.3)

In dienst van

- Naar mag worden aangenomen zal de bezorger kiezen voor de snelste route, eventueel rekening houdend met een veilige fietsroute. De vrijheid van de bezorger om zelf de precieze route te bepalen is daarmee betrekkelijk, en duidt niet op de afwezigheid (noch op de aanwezigheid) van een arbeidsovereenkomst. Ook een vrachtwagenchauffeur in loondienst heeft doorgaans immers die vrijheid. (rov. 3.9.2)
- De aard van het werk maakt dat weinig aanwijzingen nodig zijn. Dat er weinig aanwijzingen worden gegeven, zegt dus niet veel over de aan- of afwezigheid van een arbeidsovereenkomst. (rov. 3.9.3)
- Uit rechtspraak van de Hoge Raad⁵ kan worden afgeleid dat het verrichten van gewone bedrijfsarbeid kan duiden op een gezagsverhouding. De bezorging van maaltijden is een kernactiviteit van Deliveroo. (rov. 3.9.4-3.9.5)
- Deliveroo wijzigt de inhoud van de contracten en de wijze waarop de werkzaamheden worden georganiseerd steeds eenzijdig. Dat duidt er ook op dat Deliveroo gezag uitoefent over de bezorgers. (rov. 3.9.6)
- Van een bezorger wordt, zodra deze is ingelogd, de GPS-locatie voortdurend bijgehouden. Het GPS-systeem geeft Deliveroo een vergaande controlemogelijkheid op de werkwijze van de bezorger. Deze GPS-bekendheid oefent ook een druk op de bezorger uit. Het GPS-systeem geeft Deliveroo (al dan niet via haar klanten) dus een vergaande controlemogelijkheid, die eveneens als een vorm van gezag is aan te merken. (rov. 3.9.7)
- Deliveroo heeft door het algoritme 'Frank' dat zij heeft ontworpen en voortdurend aanpast, een grote bemoeienis met de wijze waarop werkzaamheden worden verricht. Het toekennen van bonussen vergroot de mogelijkheid van Deliveroo om invloed uit te oefenen op het gedrag van de bezorgers (bijvoorbeeld het accepteren van ritten die de bezorgers zonder die bonus niet zouden hebben aanvaard). Ook het door Deliveroo eenzijdig vastgestelde betaalmodel duidt op een vergaande bemoeienis van Deliveroo met het bezorgproces, en vormt daarmee een aanwijzing voor gezag. (rov. 3.9.8)
- Deliveroo heeft erop gewezen dat de bezorgers hun werkzaamheden dienen te verrichten met hun eigen vervoermiddel en dat het ze vrij staat eigen 'gear' (bezorgtas en (regen)kleding) te gebruiken. FNV heeft daar tegenover gesteld dat het vervoermiddel in deze (meestal een fiets) een gebruiksvoorwerp uit het dagelijkse leven is, en dus niet duidt op een investering door een ondernemer. FNV wijst er verder op dat het door Deliveroo wordt gestimuleerd 'gear' te gebruiken die verstrekt is door Deliveroo, aangezien de door Deliveroo aangeboden artikelen van goede kwaliteit zijn en met korting worden aangeboden en bezorgers daarom vaak ervoor kiezen om daar gebruik van te maken. (rov. 3.9.9)
- Deliveroo heeft niet overtuigend weersproken dat restaurants en klanten de bezorgers zien als onderdeel van Deliveroo, en niet als zelfstandige ondernemers. Ook de door Deliveroo opgestelde regelingen gaan ervan uit dat de bezorgers als bezorgers van Deliveroo (her)kenbaar moeten zijn. Zo kunnen klanten bij Deliveroo een klacht indienen over een bepaalde bezorger. Dat kan niet als de klant niet weet dat de bezorger voor Deliveroo werkt. (rov. 3.9.10)

Tussenconclusie

- De tussenconclusie is dat de wijze waarop Deliveroo werkzaamheden door bezorgers laat

uitoefenen, veeleer duidt op een gezagsrelatie, dan op de afwezigheid van een gezagsrelatie. (rov. 3.9.11)

Ondernemerschap

- Op dit moment kent de civiele wetgeving geen betekenis toe aan het wel of niet zijn van ondernemer voor de vraag of een overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst of niet. Wel kan volgens de Hoge Raad de maatschappelijke positie van partijen van belang zijn bij de vaststelling van de overeengekomen rechten en verplichtingen, en daarmee de kwalificatie als (arbeids)overeenkomst. Meer specifiek kan daarbij van belang zijn op wiens initiatief bepaalde contractsbepalingen zijn overeengekomen. Voor het HvJEU is, in ieder geval bij het beantwoorden van sommige vragen, het onderscheid tussen de werknemer en de 'echte' ondernemer wel van belang. (rov. 3.9.12)
- Ruim twee derde van de bezorgers presenteert zich tegenover de Belastingdienst (en in het kader van de omzetbelasting) als 'hobbymatig', en daarmee juist niet als ondernemer. Ook overigens is niet gebleken dat een meer dan verwaarloosbaar aantal van de bezorgers zich maatschappelijk presenteert als ondernemer. Juist Deliveroo wijst erop dat het werk voor de bezorgers meestal een bijbaantje is. Dat de meeste bezorgers geen ondernemer zijn komt overeen met de hierboven verwoorde tussenconclusie, dat ten aanzien van de bezorgers eerder sprake is van aanwezigheid van een gezagsrelatie dan van de afwezigheid daarvan. (rov. 3.9.12)

Rechtsvermoeden art. 7:610a BW

- FNV heeft aangevoerd dat de gemiddelde duur van de opdrachten (langer dan drie maanden en meer dan twintig uur per maand) het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:610a BW rechtvaardigt. Deliveroo had haar betwisting op dit punt nader dienen te motiveren. Zij heeft er immers blijk van gegeven over zeer gedetailleerde informatie ten aanzien van haar bezorgers te beschikken. Op grond van art. 7:610a BW is sprake van het rechtsvermoeden van de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Dat rechtsvermoeden heeft overigens geen invloed op het (eind)oordeel. (rov. 3.10.1)
- Niet is gebleken dat de bezorgers die arbeid voor Deliveroo verrichten, dit in een verwaarloosbare omvang doen. Er is dan ook voldaan aan het in art. 7:610 BW neergelegde criterium dat de arbeid gedurende zekere tijd dient te worden verricht. (rov. 3.10.4)

Overige omstandigheden

- Deliveroo heeft erop gewezen dat zij voor haar bezorgers een ongevallenverzekering heeft afgesloten (die ook door Deliveroo wordt betaald) op grond waarvan bezorgers die tijdens de uitoefening van hun werkzaamheden een ongeval krijgen, hun schade vergoed krijgen (hetgeen ook al uit art. 7:658 lid 4 BW zou kunnen volgen). Op grond van deze verzekering krijgen deze bezorgers bovendien gedurende de tijd dat zij als gevolg van een dergelijk ongeval arbeidsongeschikt zijn, hun gederfde inkomsten vergoed (hetgeen niet onmiddellijk uit art. 7:658 lid 4 BW hoeft voort te vloeien). Het in beperkte mate doorbetalen van deze bezorgers tijdens ziekte, sluit (in dezelfde beperkte mate) aan bij de rechten en verplichtingen die op basis van een arbeidsovereenkomst gelden. (rov. 3.11.1)
- Een gemiddelde bezorging duurt ongeveer dertig minuten. Deliveroo heeft in tal van stukken gesteld te streven naar een model waarmee gemiddeld € 11,00 tot € 13,00 per uur kan worden verdiend. Deliveroo heeft niet weersproken dat een dergelijke beloning ontoereikend is om als zelfstandige een verzekering af te sluiten tegen de risico's van arbeidsongeschiktheid en voorzieningen te treffen voor andere omstandigheden (bijvoorbeeld werkloosheid) waarvoor de arbeidsovereenkomst (in de regel) wel een voorziening kent. De hoogte van het door bezorgers te verwerven loon mag dan, zoals Deliveroo stelt, (duidelijk) hoger liggen dan het minimumjeugdloon dat op sommige bezorgers van toepassing is; de hoogte is echter niet zodanig dat dit als contra-indicatie voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst is te beschouwen. (rov. 3.11.2)

- In de overgelegde voorbeeldovereenkomst 'Regular' biedt Deliveroo gratis een aansprakelijkheidsverzekering aan. Dat past eerder bij de situatie van een arbeidsovereenkomst, dan bij die van een opdrachtovereenkomst van zelfstandige ondernemers. (rov. 3.11.3)
- Bezorgers werken op basis van een door Deliveroo aangereikte Algemene Modelovereenkomst van de Belastingdienst 'geen werkgeversgezag'. Dat is van minder belang, omdat het een vooraf opgestelde overeenkomst betreft, waarbij geen rekening is (en kan worden) gehouden met de specifieke rechten en verplichtingen die voor de civiele kwalificatie wel of geen arbeidsovereenkomst van belang zijn. (rov. 3.11.4)
- Ook wanneer werkzaamheden een bijbaantje vormen, kan er behoefte bestaan aan de bescherming die het arbeidsrecht aan werknemers geeft. Het bij herhaling door Deliveroo ingenomen standpunt, dat een groot aantal van haar bezorgers de voorkeur geeft aan een opdrachtovereenkomst boven een arbeidsovereenkomst, acht het hof – zo dit al juist zou zijn – niet van belang, omdat het partijen niet vrij staat de kwalificatie van een overeenkomst te bepalen. (rov. 3.11.5 en 3.11.6)

Conclusie

- Alle omstandigheden bij elkaar genomen, is slechts de aan de bezorgers ten aanzien van het verrichten van de arbeid gegeven vrijheid een omstandigheid die eerder wijst op de afwezigheid dan op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Alle overige elementen, waaronder de wijze van loonbetaling, het uitgeoefende gezag, de zekere tijd (met rechtsvermoeden), alsmede de genoemde overige omstandigheden wijzen meer op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst dan op de afwezigheid daarvan. De aan de bezorgers ten aanzien van het verrichten van de arbeid gegeven vrijheid is bovendien niet onverenigbaar met de kwalificatie van de overeenkomst als arbeidsovereenkomst. (rov. 3.12.1)
- Er is onvoldoende reden om een onderscheid te maken tussen de verschillende contracten en daarmee in de kwalificatie van de diverse bezorgers die vanaf begin 2018 werkzaam zijn. De ongeveer een derde van de bezorgers die werken op basis van een Unlimited-contract, kunnen en willen naar mag worden aangenomen, meer verdienen dan € 603,92 per maand (40% van het minimumloon). Zij zijn derhalve, naar ook mag worden aangenomen, voor hun levensonderhoud meer afhankelijk van de bij Deliveroo verkregen verdiensten dan hun hobbymatige-collega's. Gelet op de hoogte van het inkomen (€ 11,00 tot € 13,00 per uur) is het niet goed mogelijk adequate voorzieningen te treffen voor arbeidsongeschiktheid en werkloosheid. Juist die groep heeft er dus een grotere behoefte aan dat de overeenkomst wordt gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst, aangezien het arbeidsrecht hun die voorzieningen wel toekent. (rov. 3.12.2)
- De bezorgers van Deliveroo zijn werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. (rov. 3.14)

3 Beoordeling van het middel

- 3.1 Het middel voert een groot aantal rechts- en motiveringsklachten aan tegen het oordeel van het hof dat de bezorgers van Deliveroo werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst.
 - 3.2.1 Bij de beoordeling van deze klachten dient het volgende tot uitgangspunt.⁶
 - 3.2.2 Art. 7:610 BW omschrijft de arbeidsovereenkomst als de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.
 - 3.2.3 Om te kunnen beoordelen of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, moet door uitleg aan de hand van de Haviltexmaatstaf worden vastgesteld welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen.

- 3.2.4 Als de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst, moet de overeenkomst als zodanig worden aangemerkt. Voor deze kwalificatie is niet van belang of partijen de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen.⁷
- 3.2.5 Of een overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst, hangt af van alle omstandigheden van het geval in onderling verband bezien. 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. 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.
- 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.
- 3.2.6 De vragen of aanleiding bestaat voor nadere algemene regels of uitgangspunten ten aanzien van omstandigheden die de kwalificatie als arbeidsovereenkomst bepalen, mede ter afgrenzing van het werken als zelfstandig ondernemer, zoals de vraag of aanleiding bestaat voor nadere invulling van het begrip 'in dienst van' met de inbedding van het werk in de organisatie van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht, en of er aanleiding is voor het gebruik van een rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld op grond van de hoogte van de tegenprestatie voor het werk, hebben de aandacht van de Nederlandse en Europese wetgever.⁸ De Hoge Raad ziet daarom op dit moment geen aanleiding voor rechtsontwikkeling ter zake van deze onderwerpen.
- 3.3.1 Het hof heeft in deze zaak aan de hand van de omstandigheden van het geval onderzocht of de inhoud van de overeenkomsten voldoet aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Het heeft geoordeeld dat aan de vier vereisten voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst (zie hiervoor in 3.2.2) is voldaan.
- 3.3.2 Het middel betoogt in diverse onderdelen dat het hof heeft miskend dat de vrijheid van bezorgers om zich aan te melden indien en wanneer zij dat willen en om opdrachten te weigeren onverenigbaar is met een arbeidsovereenkomst, en dat hetzelfde geldt voor de vrijheid van bezorgers om zich te laten vervangen.
- 3.3.3 Bij de beoordeling van deze klachten dient tot uitgangspunt dat het hof heeft onderkend dat de aan de bezorgers ten aanzien van het verrichten van de arbeid gegeven vrijheid een omstandigheid is die eerder wijst op de afwezigheid dan op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst, maar dat het heeft geoordeeld dat deze vrijheid in dit geval niet aan de kwalificatie van de overeenkomst als arbeidsovereenkomst in de weg staat, omdat andere omstandigheden leiden tot het oordeel dat de bezorgers arbeid verrichten in dienst van Deliveroo.
- 3.3.4 Vrijheid om al dan niet op het werk te verschijnen en om opdrachten al dan niet te aanvaarden sluit op zichzelf het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet uit.⁹ Of voldaan

is aan de vereisten voor een arbeidsovereenkomst hangt af van de verdere omstandigheden van het geval, 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 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.

3.3.5 Ook de in de overeenkomst neergelegde vrijheid om zich te laten vervangen is op zichzelf niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst, en moet worden gezien in het licht van alle omstandigheden van het geval. Het hof heeft de vervangingsmogelijkheid in dat licht onderzocht. Het heeft daarbij onder meer in aanmerking genomen dat in de praktijk gebruik wordt gemaakt van de vervangingsmogelijkheid, dat Deliveroo gelet op de relatief eenvoudige aard van de werkzaamheden kennelijk weinig eisen stelt aan de toestemming die zij aan een bezorger geeft om zich te laten vervangen, dat wel sprake is van een situatie dat een bezorger zich bij gelegenheid kan laten vervangen, maar dat niet gebleken is dat zich de situatie voordoet dat een bezorger zich permanent door iemand anders, zonder dat dit door Deliveroo is geaccepteerd, laat vervangen, en dat niet mogelijk lijkt dat een bezorger met Deliveroo contracteert en zijn werkzaamheden door allerlei andere vervangers tegelijk laat uitvoeren, waardoor dit een verdienmodel kan worden. 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 (vgl. hetgeen hiervoor in 3.2.5 slot is overwogen). Met deze oordelen heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting; de oordelen zijn voldoende begrijpelijk gemotiveerd.

3.4 Het oordeel van het hof dat de overeenkomsten met Deliveroo als arbeidsovereenkomst moeten worden gekwalificeerd geeft ook overigens in het licht van hetgeen hiervoor in 3.2.2-3.2.5 is overwogen geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het uitvoerig gemotiveerde oordeel is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.

3.5 Onderdeel 4.8 is gericht tegen rov. 2.4 en rov. 3.8.3, waarin het hof de vraag of de bezorgers werkzaam zijn als ondernemer verbindt met de omzetbelasting. Het onderdeel voert terecht aan dat het in het partijdebat in dit verband is gegaan over loonbelasting. Ondanks deze vergissing van het hof, kan het onderdeel niet tot cassatie leiden wegens gebrek aan belang, zoals uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 15.37.

3.6 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4 Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt Deliveroo in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van FNV begroot op € 845,-- aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Deliveroo deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Dit arrest is gewezen door de raadsheren C.E. du Perron, als voorzitter, C.H. Sieburgh, A.E.B. ter Heide, S.J. Schaafsma en K. Teuben, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer F.J.P. Lock op 24 maart 2023.

¹ Gerechtshof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392; zie ook de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.

² Rechtbank Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198.

³ Zie ook de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 12.1.

⁴ Het hof verwijst naar HvJEU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV KIEM/Staat).

⁵ Het hof verwijst naar HR 17 november 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6391 (Ponstypiste).

⁶ Vgl. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (Participatieplaats), rov. 3.2.2-3.2.3 en HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (Groen/Schoevers), rov. 3.4.

⁷ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (Participatieplaats), rov. 3.2.2. Vgl. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (kwalificatie pachtovereenkomst), rov. 3.2.3-3.2.4.

⁸ Voortgangsbrief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Staatssecretaris van Financiën, 16 december 2022, 2022-0000292130; Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 5 juli 2022, 2022-0000148422; Kabinetsreactie rapporten ARK en ADR, 24 juni 2022, 2022-0000177660; Richtlijnvoorstel betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk, COM(2021)762.

⁹ Vgl. HR 16 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1445 (Vakantiewerker), rov. 3.2 en HR 11 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2165 (Appelplukkers), rov. 4.3.
