



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Een arbeidsovereenkomst? Dat maak je zelf niet uit!

*Over het belang van de bedoeling van partijen, het arbeidsrecht en de vormgeving van de overeenkomst voor de kwalificatie*

Verhulp, E.

#### Publication date

2021

#### Document Version

Final published version

#### Published in

TRA

#### License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

#### Citation for published version (APA):

Verhulp, E. (2021). Een arbeidsovereenkomst? Dat maak je zelf niet uit! Over het belang van de bedoeling van partijen, het arbeidsrecht en de vormgeving van de overeenkomst voor de kwalificatie. *TRA*, 13(6/7), 13-18. Article 55.

[https://new.navigator.nl/document/id66be2c32a824484baa05c318b6864f2f?ctx=WKNL\\_CSL\\_201](https://new.navigator.nl/document/id66be2c32a824484baa05c318b6864f2f?ctx=WKNL_CSL_201)

#### General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

#### Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Een arbeidsovereenkomst? Dat maak je zelf niet uit!

## Over het belang van de bedoeling van partijen, het arbeidsrecht en de vormgeving van de overeenkomst voor de kwalificatie

TRA 2021/55

**In het arrest van 6 november 2020 lijkt de nadruk te worden gelegd op de over en weer overeengekomen rechten en verplichtingen. Het is de vraag of dat klopt nu die rechten en verplichtingen uitdrukking zullen zijn van de door partijen gewenste kwalificatie van de overeenkomst en dus ook buiten beschouwing gelaten dienen te worden. In de eerste fase spelen het doel van het arbeidsrecht, de verhouding tussen partijen, en de maatschappelijke positie van partijen een belangrijke rol, terwijl voor de kwalificatie de criteria die al door het HvJ EU zijn ontwikkeld kunnen worden gebruikt.**

### 1. Inleiding

In zijn arrest van 6 november 2020 overwoog de Hoge Raad dat de bedoeling van partijen bij de kwalificatie van de overeenkomst geen rol speelt en dat de kwalificatie moet plaatsvinden na een beoordeling van de overeengekomen rechten en verplichtingen. Dat arrest lijkt te passen in een internationale trend, zeker als het om platformarbeid gaat. Maar het roept ook vragen op. De eerste vraag is hoe moet worden omgegaan met de verschillende fasen in de kwalificatie. Is het wel mogelijk eerst de over en weer overeengekomen rechten en plichten te identificeren en dan de overeenkomst te kwalificeren (paragraaf 2)? Een volgende vraag is of die benadering alleen voldoende recht doet aan de maatschappelijke positie van partijen en het doel van het arbeidsrecht. Het arrest van 6 november 2020 geeft aanleiding om dat doel bij de kwalificatie te betrekken (paragraaf 3). Hiervoor is temeer reden nu wel duidelijk is dat sommige partijen veel moeite doen een kwalificatie als arbeidsovereenkomst te vermijden en de over en weer geldende rechten en verplichtingen zo in te richten dat deze aansluiten bij de gewenste overeenkomst (paragraaf 4), terwijl bovendien vaak slechts een van de partijen die rechten en verplichtingen in de overeenkomst bepaalt (paragraaf 5). Als de bedoeling van partijen voor de kwalificatie niet relevant is, zou dat daarom in zekere mate ook moeten gelden voor de over en weer overeengekomen rechten en verplichtingen. Bij de kwalificatie moet dan meer belang worden gehecht aan de inbedding van de arbeid en de werkelijke verhouding tussen partijen en het doel van het arbeidsrecht. Het doel van deze bijdrage is te onderzoeken hoe de kwalificatie van de overeen-

komst met een nadruk op deze elementen, zich tot het arrest van 6 november 2020 verhoudt (paragraaf 6).

### 2. Partijbedoeling en de bedoeling van de arbeidsovereenkomst

Het arrest van de Hoge Raad van 6 november 2020<sup>2</sup> kon na de beslissing in de pachtzaak van 20 december 2019<sup>3</sup> nauwelijks meer een verrassing zijn. De Hoge Raad overweegt: *“Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst 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. Anders dan uit het arrest Groen/Schoevers wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.”* De overeengekomen rechten en verplichtingen moeten worden beoordeeld aan de hand van de Haviltexmaatstaf, waarna de overeenkomst gekwalificeerd kan worden. In haar conclusie voor dit arrest voegt A-G De Bock<sup>4</sup> daaraan een derde fase toe: het vaststellen van de gewijzigde inhoud van de overeenkomst na de kwalificatie.

Ik vraag me af of deze benadering wel goed werkbaar is. De benadering van de Hoge Raad en de door De Bock toegevoegde derde fase leiden tot een cirkelredenering: eerst worden de rechten en verplichtingen die voor partijen over en weer voortvloeien uit de overeenkomst vastgesteld, vervolgens wordt aan de hand daarvan de overeenkomst gekwalificeerd en ten slotte wordt bezien welke overeengekomen rechten en verplichtingen zich niet met de (wettelijke) regels die voor de overeenkomst gelden, verhouden. Als ik het goed zie, leidt deze benadering ertoe dat pas in de derde fase de rechten en verplichtingen die bij de kwalificatie (de tweede fase) geen rol hadden mogen spelen, ‘weggedacht’ worden. Dat lijkt me te laat. Als behoorlijk geïnformeerde partijen voornemens zijn een opdrachtovereenkomst te sluiten, zullen ze die overeenkomst als opdrachtovereenkomst vormgeven. Zij zullen de overeenkomst niet alleen een opdrachtovereenkomst noemen, maar ook de rechten en verplichtingen vormgeven op de wijze die past bij een opdrachtovereenkomst. In de commentaren die naar aanleiding van het arrest van 6 no-

<sup>1</sup> Prof. mr. E. Verhulp is hoogleraar Arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

<sup>2</sup> HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (X/Amsterdam).

<sup>3</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (Inscharing), en hierover C.J. Frikkee, ‘Partijbedoeling bij aangaan arbeidsovereenkomst: gewoon Haviltexen!’, TRA 2021/17.

<sup>4</sup> ECLI:NL:PHR:2020:698, onder 5.47.

vember 2020 verschenen zijn, wordt aangenomen dat hetgeen partijen ten aanzien van de kwalificatie van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan, niet (langer) relevant is voor de kwalificatie van de overeenkomst. Dat lijkt me juist, maar zegt weinig over de wijze waarop vervolgens gekeken moet worden naar de overeengekomen rechten en verplichtingen, die een uitdrukking van die bedoeling zijn. Als de rechten en verplichtingen die partijen overeenkwamen in de veronderstelling dat sprake is van een opdrachtovereenkomst, van doorslaggevend belang zijn voor de kwalificatie van de overeenkomst, is er weinig tot niets veranderd ten opzichte van de overwegingen van het Groen/Schoevers-arrest. Sommige auteurs trekken deze conclusie,<sup>5</sup> waarschijnlijk net als de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.<sup>6</sup>

Ik doe dat niet: ik denk dat het arrest van 6 november 2020 tot een andere benadering van de kwalificatievraag leidt, waarbij het belang van de overeengekomen rechten en verplichtingen voor de kwalificatie gerelativeerd wordt. Om een cirkelredenering te voorkomen zal in de eerste fase al een inschatting moeten worden gemaakt van de rechten en verplichtingen die in de tweede fase geen rol meer behoren te spelen. Die inschatting kan niet goed plaatsvinden zonder een inschatting van de uitkomst. Bij de keuze van de voor de kwalificatie dienende rechten en verplichtingen zal naar mijn mening meer de nadruk moeten komen te liggen op de werkelijke verhouding tussen partijen en hun maatschappelijke positie, en op de bedoeling van de mogelijk toepasselijke regels. De verwijzing van de Hoge Raad naar de Haviltexmaatstaf biedt steun aan die gedachte. De Haviltexmaatstaf gaat uit van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan een bepaling uit de overeenkomst mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten. *“Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.”*, overweegt de Hoge Raad in het Haviltex-arrest.<sup>7</sup>

De bedoeling achter de mogelijk van toepassing zijnde wetgeving is als element bij de kwalificatie van een overeenkomst niet eenvoudig toe te passen. Dit mede omdat het doel van het arbeidsrecht lastig te identificeren is. Ik doe hieronder (paragraaf 3) toch een poging.

### 3. De kwalificatie van de overeenkomst en het doel van het arbeidsrecht

Eerder heb ik betoogd dat de zwakke contractspartij moet worden beschermd en de sterke contractspartij het zelf maar moet weten als zij van de haar (in beginsel) toeko-

mende bescherming contractueel af wenst te zien.<sup>8</sup> Ik ben daarvan teruggekomen<sup>9</sup> omdat daarmee het dwingend-rechtelijke karakter van de arbeidsovereenkomst en vooral de maatschappelijke functie van de arbeidsovereenkomst, als toegangspoort tot het arbeidsrecht en tal van andere instituties, worden miskend. Die functie van de arbeidsrecht is niet alleen het bieden van bescherming aan de individuele werknemer, maar ook het verbeteren van de kwaliteit van het leven van de werknemer en het verhogen van de arbeidsproductiviteit,<sup>10</sup> het voorzien in een adequate sociale zekerheid en pensioenregelingen, het regelen van scholing en training,<sup>11</sup> het betalen van (voldoende) belastingen<sup>12</sup> en het voorkomen van oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden,<sup>13</sup> kortom: het reguleren van de arbeidsmarkt in het belang van de hele samenleving. In de buitenlandse literatuur wordt dat buiten of boven partijen gestelde doel van het arbeidsrecht vaak stelliger dan in de Nederlandse literatuur verwoord. Brian Langille zegt het zo: *“I take it that our starting point would be that the purpose of labour legislation is to improve the lives of the inhabitants of the world, insofar as work has something to do with it. And work has a lot to do with it.”*<sup>14</sup> Arbeidsrecht reguleert de arbeidsmarkt en de sociale rechtsstaat.<sup>15</sup> Dat vergt ook een andere benadering van de regels, waaronder de kwalificatie van de overeenkomst, dan alleen het partijbelang rechtvaardigt.

Het arbeidsrecht is primair bedoeld om de werknemer bescherming te bieden tegen de uitwassen van de machtsongelijkheid in de verhouding van werkgever en werknemer en is vervolgens door de overheid gebruikt als kapstok om veel publieke belangen aan op te hangen. Zolang die bescherming niet (geheel of gedeeltelijk) anders is belegd en de publieke belangen niet anders beschermd worden, hebben we het met de arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW en met dit arbeidsrecht te doen. Het lijkt me onwenselijk deze regulering te ondergraven, toch

<sup>5</sup> R. Houweling, 'De Groene Amsterdammer in een November Rain. Over de bedoeling van partijen bij de kwalificatievraag in het arbeidsrecht', AR Updates 12 november 2020; A.L. Mertens, BNB 2021/41 (noot bij HR 6 december 2020), onder 14.

<sup>6</sup> Kamerstukken II 2020/21, 31 311, nr. 237, p. 2 (10 februari 2021).

<sup>7</sup> HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (Haviltex).

<sup>8</sup> E. Verhulp, 'Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!', SR 2005/16.

<sup>9</sup> Onder andere in E. Verhulp, 'De 'eigenaardigheid' van het arbeidsrecht DWC/Blakborn', in: S.F. Sagel (red), *Vrienden door Dik en dun, Liber Amicorum voor mr. R.A.A. Duk*, Deventer: Kluwer 2011, p. 229.

<sup>10</sup> Althans volgens de pre-ambule van Richtlijn 1999/70.

<sup>11</sup> Zeker voor zover gericht op de eigen functie van de werknemer, maar ook voor het creëren van een leercultuur, zie *Kamerstukken II 2018/19, 30012*, nr. 112.

<sup>12</sup> Zie bijv. het US Department of Labor, dat op de site meldt: *“Employee misclassification generates substantial losses to the federal government and state governments in the form of lower tax revenues, as well as to state unemployment insurance and workers' compensation funds.”*, <https://www.dol.gov/agencies/whd/flsa/misclassification>.

<sup>13</sup> Zie in deze zin: Supreme Court of California, April 30, 2018, *Dynamex Operations West, Inc vs. The Superior Court of the Los Angeles County*. De Californische wetgever gaat verder en overweegt onder meer: *“The misclassification of workers as independent contractors has been a significant factor in the erosion of the middle class and the rise in income inequality”*. AB 5- Worker status, section 1, sub c, te vinden op: [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billCompareClient.xhtml?bill\\_id=201920200AB5&showamends=false](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billCompareClient.xhtml?bill_id=201920200AB5&showamends=false).

<sup>14</sup> Brian Langille, 'Labour Law's Theory of Justice', in: Guy Davidov & Brian Langille, *The Idea of Labour Law*, Oxford Press 2011, p. 112.

<sup>15</sup> Vgl. S.F. Deakin, 'The Challenge of Empirical Method to Labour Law', *AR 2014-3*, *“Labour law will have a central role to play in attempts to re-embed the market through institutional reform.”*

vooral op initiatief van (vaak grote) commerciële belanghebbenden. Het veranderen van dit op de arbeidsovereenkomst gebouwde stelsel vergt wat mij betreft een zorgvuldig maatschappelijk of in ieder geval politiek debat over nut en noodzaak van collectieve regelingen, instituties en de inrichting van arbeidsmarkt en samenleving. Over de kwalificatie van de rechtspositie van de zzp'er wordt op dit moment door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een 'breed gesprek' gevoerd.<sup>16</sup> Ik hoop dat de noodzakelijke discussie over de inrichting van de arbeidsmarkt niet te veel beïnvloed wordt door commerciële belanghebbenden, hoewel ik daarop niet gerust ben. Die ongerustheid komt deels voort uit de gang van zaken in Californië.<sup>17</sup> Verschillende platforms, waaronder Uber en Lyft, zijn oprichter van een organisatie die in de VS pleit voor het 'moderniseren' van bestaande arbeidsregelingen.<sup>18</sup> Gelet op de commerciële belangen van deze platforms ook buiten de VS zal die lobby zich niet tot de VS beperken.

De deelnemers aan de arbeidsmarkt zijn in belangrijke mate gedefinieerd als werknemers. Het arbeidsrecht treedt in werking door de arbeidsovereenkomst en heeft dus pas volle werking als een overeenkomst die strekt tot het verrichten van werk, gekwalificeerd wordt als arbeidsovereenkomst en als die arbeidsovereenkomst een ruim bereik heeft. Voor uitzonderingsgroepen, zoals ondernemers waaronder zelfstandigen, is voorzien in een afwijkend pakket aan regels. Dat pakket biedt niet alleen de werkende minder bescherming, het kent ook een andere regulering van de (arbeids)markt. De rechtvaardiging voor een andere behandeling van ondernemers is dat ondernemingen zorgen voor innovatiekracht en werkgelegenheid.<sup>19</sup> Om aan die rechtvaardiging te voldoen, is wel een bepaalde invulling van het ondernemerschap nodig, die naar mijn mening betrokken dient te worden bij de kwalificatie van een overeenkomst die strekt tot het verrichten van arbeid tegen betaling. Dat past ook bij de doelstellingen van zowel het arbeidsrecht als het fiscale recht. Volgens het Supreme Court in het Uber-oordeel<sup>20</sup> leidt een moderne benadering van het recht ertoe dat de doelstellingen van de regels betrokken moeten worden bij de

kwalificatie van de overeenkomst en leidt die benadering dan weer tot de noodzaak die regels uit te leggen "so far as possible, in the way which best gives effect to that purpose".<sup>21</sup> Dat zal in Nederland niet anders zijn. In een concrete casus kunnen algemene overwegingen over oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden, de onwenselijkheid van het vermijden van de toepasselijkheid van sociale zekerheid en loonheffing voor bepaalde werkenden en het ontbreken van voldoende arbeidsrechtelijk bescherming betrokken worden bij de kwalificatievraag. Gelet op het dwingendrechtelijke karakter van de arbeidsovereenkomst zal in de eerste fase bij de kwalificatie van een overeenkomst de arbeidsovereenkomst in beeld zijn. Dat sluit aan bij het bepaalde in art. 7:610a BW en past bij het door A-G Drijber<sup>22</sup> goed verwoorde standpunt: "Gelet op de door een arbeidsovereenkomst geboden bescherming past m.i. in zijn algemeenheid terughoudendheid om aan te nemen dat geen arbeidsovereenkomst voorligt." Het dwingendrechtelijke karakter van de arbeidsovereenkomst betekent ook dat de keuze van partijen om de overeenkomst op een bepaalde wijze vorm te geven, beperkt is.

#### 4. 'Partijen kunnen een overeenkomst (...) op verschillende wijzen vormgeven.'

De Hoge Raad verwijst in het arrest X/Amsterdam zelf naar zijn overweging in het Groen/Schoevers-arrest.<sup>23</sup> De kernoverweging uit dat arrest luidt: "dat partijen een overeenkomst die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling op verschillende manieren kunnen inrichten en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven." In deze overweging van het arrest Groen/Schoevers zit nog een belangrijke onduidelijkheid of – in de terminologie van de Hoge Raad – een overweging waarmee hij wellicht iets anders bedoeld heeft dan daaruit afgeleid kan worden. In het arrest X/Amsterdam of andere rechtspraak heeft de Hoge Raad daaraan verder geen aandacht besteed, terwijl daarvoor wel voldoende reden is. Ik doel hier op het eerste deel van de hiervoor geciteerde overweging, die luidt "dat partijen een overeenkomst die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling op verschillende manieren kunnen inrichten ....".

Onder bijzondere omstandigheden kan deze overweging misschien juist zijn, maar naar mijn mening is dit onder de omstandigheden van het arrest Groen/Schoevers een onjuiste overweging. Ik zie in ieder geval niet voor me hoe een onderwijsinstelling als Schoevers, waar regulier on-

16 Zie *Kamerstukken II* 2020/21, 31311, nr. 236 (27 november 2020).

17 Zie het verzet van platformwerkgevers tegen Assembly Bill no 5 (Worker Status: employees and independent contractors, published 19/9/2019, ([https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=201920200AB5](https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5))) dat als uitgangspunt werknemerschap invoerde. Deze werkgevers wisten na invoering van de wet een referendum af te dwingen over de vraag of voor deze sector een uitzonderingspositie moet worden gecreëerd (Proposition 22). In de daarop volgende campagne stopten ze ruim \$ 200 miljoen, en daarmee wonnen ze het referendum.

18 Coalition for Workforce Innovation, [www.workforceinnovation.net](http://www.workforceinnovation.net). Onder 'mission' valt te lezen: "Workplace and labor laws in the US are woefully outdated. They are restricting innovative working relationships and hampering economic opportunities for workers." Het is op zijn minst opmerkelijk te noemen dat juist de 'platformwerkgevers' zich beroepen op de belangen van 'workers' om veranderingen die zij zelf wensen, te bepleiten.

19 In ieder geval geldt dat als rechtvaardiging voor de van werknemers afwijkende fiscale behandeling, zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31704, nr. 3, p. 5.

20 Supreme Court 19 February 2021, UKSC 2019/0029, *Uber vs Aslam*, r.o. 70.

21 Vgl. Californian Supreme Court S.G. *Borello & Sons v. Department of Industrial Relations*, 48 Cal.3d 341 (1989): "We have acknowledged that the Act's definition of the employment relationship must be construed with particular reference to the history and fundamental purposes of the statute."

22 Conclusie van 29 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:752.

23 HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*).

derwijs verzorgd wordt, de overeenkomst die strekt tot het doceren tegen betaling anders dan als een arbeidsovereenkomst kan vormgeven. Van enig ondernemerschap aan de zijde van de docent kan in die vormgeving geen sprake zijn. Zolang niet de werkwijze van het hele instituut wordt aangepast en docenten hun eigen 'schooltje' inrichten binnen het instituut (en dan misschien ook niet), is gewoon sprake van een arbeidsovereenkomst, ook als op verzoek van de docent betaling van een honorarium aan zijn vennootschap plaatsvindt in plaats van betaling van een regulier loon aan hemzelf. Ik geef graag toe dat in verschillende rechterlijke oordelen (voor 6 december 2020) – naar mijn mening dus ten onrechte – anders geoordeeld is.<sup>24</sup>

Uiteraard kunnen partijen die een overeenkomst sluiten tot het verrichten van arbeid tegen betaling, keuzes maken met betrekking tot de wijze waarop de arbeid verricht wordt. Maar als die keuzes van invloed zijn op de kwalificatie van de overeenkomst, gaat het om de organisatie van de arbeid en vaak dus om de werkwijze van de werkorganisatie waarbinnen de arbeid verricht moet worden. In de overeenkomst die strekt tot het verrichten van arbeid, wordt de arbeidsorganisatie in beginsel niet aangepast, maar wordt de arbeid binnen de bestaande organisatie ingebed, of juist niet. In dat laatste geval kan sprake zijn van een opdrachtovereenkomst, in het eerste geval zal dat niet zo snel het geval zijn.<sup>25</sup> Steeds geldt naar mijn mening dat de keuze van partijen voor de wijze waarop de arbeid verricht wordt en de inrichting van de overeenkomst zelf met de nodige voorzichtigheid bezien moeten worden, omdat die keuzes soms minder goed passen bij de wijze waarop arbeid wordt verricht, de inrichting van de arbeidsmarkt en het doel van de mogelijk toepasselijke wetgeving. Daarom kunnen de keuzes van partijen leiden tot maatschappelijk onwenselijke resultaten en zullen ze vaak vooral de belangen van (een van) de partijen bij de overeenkomst dienen. Kortom: naar mijn mening zijn er voldoende argumenten om de tussen partijen overeengekomen rechten en verplichtingen niet, of zeker niet alleen, als maatgevend voor de kwalificatie van de overeenkomst te bestempelen.

##### 5. De overeengekomen rechten en verplichtingen: Uber en de Supreme Court

Het voorgaande geldt naar mijn mening des te sterker nu die rechten en verplichtingen vaak nauwelijks over en weer worden overeengekomen en, zoals gezegd, ingegeven zijn door de belangen van de partij die de kwalificatie van de overeenkomst als arbeidsovereenkomst wenst te voorkomen. De gang van zaken na het Uber-oordeel van de Supreme Court biedt daarvan een mooi voorbeeld. In dat oordeel besliste de Supreme Court dat Uberchauffeurs als 'worker' te kwalificeren zijn en onder andere recht

hebben op een minimumloon.<sup>26</sup> De Supreme Court stelde vast dat een chauffeur die is ingelogd op de Uber-app en die meer dan 20% van de ritten afwijst, waarschuwingen ontvangt, en gedurende tien minuten uitgelogd wordt als hij/zij niet meer ritten aanvaardt. Voor de Supreme Court is dit reden om aan te nemen dat de inlogtijd gelijk is aan de werktijd. Over de periode gedurende welke de chauffeur ingelogd is, moet Uber dus ook het minimumloon voldoen. Meteen na de beslissing van de Supreme Court publiceerde Uber een blog<sup>27</sup> met de mededeling dat door de beslissing van de Supreme Court "*a small group of drivers using the Uber app in 2016 should be classified as workers.*" De blog vervolgt: "*Over the last few years we have made significant changes to our business (1/4). Many of the examples called out in the judgement are no longer relevant.*" De boodschap is duidelijk: als de beslissing van de Supreme Court al juist is, betreft die de wijze waarop in 2016 slechts een kleine groep chauffeurs voor Uber werkte en niet de huidige werkwijze. Uber doet het voorkomen of door de aanpassingen de chauffeurs nu werkelijk als "contractors" werken. Op de site staat een video met het bovenschrijf: "*learn more about the changes we've made to the app since 2016 to give drivers even more control over how they earn.*" In de video wordt uitgelegd dat de chauffeurs nu wel onbeperkt ritten kunnen weigeren en dat passagiers een 'favourite driver' in hun app kunnen noemen, "*helping drivers grow their own business*".

Een maand later maakte Uber bekend dat zij zich toch aan de uitspraak van de Supreme Court zal houden, zij het met een belangrijke uitzondering: het minimumloon wordt alleen betaald over de tijd te rekenen vanaf het moment dat de chauffeur daadwerkelijk een rit aanvaard heeft en die uitvoert, maar niet voor de wachttijd tussen ritten.<sup>28</sup> Omdat een chauffeur in de gewijzigde werkwijze ritten 'vrijelijk' kan weigeren, gaat Uber er kennelijk van uit dat deze aangepaste werkwijze haar vrijwaart van de verplichting de uitspraak van de Supreme Court na te leven. Eerder beschreef Veena Dubal al dat platformwerkgevers vaak rechterlijke uitspraken eenvoudigweg niet uitvoeren, maar beschouwen als een aansporing om de werkwijze (weer) aan te passen om zich vervolgens op het standpunt te stellen dat de uitspraak geen effect heeft.<sup>29</sup> Nu wel duidelijk is dat chauffeurs over de tijd dat ze daadwerkelijk ritten uitvoeren, ruim het minimumloon verdienen, zal deze toezegging Uber niet moeilijk vallen. Uber zegt ook toe in het Verenigd Koninkrijk over het loon vakantiebijslag van 12,08% te betalen en de chauffeurs automatisch

<sup>24</sup> Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6333.

<sup>25</sup> Conclusie A-G De Bock voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, onder nummer 9.70.

<sup>26</sup> Supreme Court 19 February 2021, UKSC 2019/0029, Uber vs Aslam.

<sup>27</sup> <https://www.uber.com/en-GB/blog/supreme-court-verdict> (laatst geraadpleegd 2 mei 2021).

<sup>28</sup> <https://www.standard.co.uk/news/uk/uber-drivers-worker-rights-supreme-court-ruling-dara-khosrowshahi-b924524.html>.

<sup>29</sup> V.B. Dubal. "Winning the Battle, Losing the War: Assessing the Impact of Misclassification Litigation on Workers in the Gig Economy." *Wis. L. Rev.* (2017): 739-802 en V.D. Dubal: An Uber Ambivalence: Employee Status, Worker Perspectives, & Regulation in the Gig Economy, UC Hastings Law, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No 381 (2020).

in te schrijven in een pensioenplan en voor hen een deel van de pensioenpremie te betalen, en wel 3%. Deze laatste twee punten leveren een verbetering van de positie van de chauffeurs op. Over de wijziging van de werkwijze (geen consequenties verbinden aan het afwijzen van ritten), die Uber eenzijdig doorvoerde, en de daaraan verbonden opvatting van Uber dat het minimumloon zich niet uitstrekt over de wachttijd, is een interessante maatschappelijke<sup>30</sup> en juridische<sup>31</sup> discussie mogelijk.

Opvallend aan deze gang van zaken is dat Uber niet onderhandelt met de chauffeurs, of een vertegenwoordiging van hen, over de voorwaarden waaronder de arbeid verricht wordt, maar eenzijdig besluit de voorwaarden aan te passen. Gerechtshof Amsterdam leidde mede uit die eenzijdige wijzigingen van de voorwaarden door Deliveroo de ondergeschiktheid van de bezorgers af.<sup>32</sup> Voor zowel de kwalificatie van de overeenkomst als voor het antwoord op de vraag of over de wachttijd loon betaald zou moeten worden, is naar mijn mening van groot belang het antwoord op de vraag of de chauffeur, als hij op de app ingelogd is, het inderdaad geheel vrijstaat om de aangeboden ritten te aanvaarden of te weigeren. Bij het beantwoorden van die vraag zou naar mijn mening niet alleen de juridische mogelijkheid om de aangeboden rit te weigeren, betrokken moeten worden, maar juist ook de feitelijke ruimte die chauffeurs ervaren of hebben om een aangeboden rit te weigeren. Daarbij geldt dat platforms door ervaring geleerd zullen hebben dat chauffeurs aangeboden ritten niet eenvoudig weigeren. Voor zover dat anders is, heeft het platform door 'nudging' voldoende mogelijkheden om chauffeurs te stimuleren aangeboden ritten te aanvaarden, en het platform benut die ook daadwerkelijk. Zoals Kloostera eerder in dit blad uitwerkte, kan ook uit deze vormen van het stimuleren van het leveren van een arbeidsprestatie een gezagsrelatie worden gedestilleerd.<sup>33</sup> In Canada wordt de mogelijkheid om de chauffeur of bezorger te volgen via trackingsystemen of GPS al voldoende

gevonden om de gezagsrelatie aan te nemen.<sup>34</sup> Voor zover een platform juridisch de ruimte gecreëerd heeft om het werk niet uit te voeren, zal die ruimte waarschijnlijk in de praktijk beperkt zijn. En als dat zo is, lijkt mij dat een belangrijker maatstaf voor de kwalificatie van de overeenkomst dan de over en weer overeengekomen rechten en plichten. Duidelijk is in ieder geval dat de inhoud van de wederzijdse contractuele rechten en verplichtingen lang niet altijd op een evenwichtige basis tot stand komt. Er vinden vaak geen onderhandelingen tussen contractspartijen plaats en als die wel plaatsvinden, is vaak geen sprake van gelijke machtsverhoudingen die tot een evenwichtige uitkomst leiden. Daarmee biedt alleen de inhoud van de overeenkomst, en dus de over en weer overeengekomen rechten en verplichtingen, wat mij betreft een te wankel basis om die overeenkomst te kwalificeren. In de eerste fase spelen het doel van het arbeidsrecht, de maatschappelijke positie van partijen en de verhouding tussen partijen misschien wel een grotere rol dan de over en weer overeengekomen rechten.

## 6. De kwalificatie van de overeenkomst

Als dan aan de hand van het bovenstaande de inhoud van de overeenkomst is bepaald, is het kwalificeren van de overeenkomst vaak eenvoudig. Het gezagscriterium is al lange tijd aan een nadere, volgens sommigen andere, invulling toe. Vaak wordt de onduidelijkheid bij de kwalificatie als probleem benoemd en worden voorstellen gedaan die onduidelijkheid weg te nemen, bijvoorbeeld door de invoering van een rechtsvermoeden.<sup>35</sup> Zoals De Bock in haar conclusie voor het arrest van 6 november 2020<sup>36</sup> al schreef, zou het bij de invulling van het gezagscriterium veel meer moeten gaan om de organisatorische invulling van de arbeid en de vraag of de werkende onderdeel wordt van de organisatie van de werkverschaffer. Als dat het geval is en als de werkende zelf geen ruimte heeft voor ondernemerschap, dus niet zelf de prijs van zijn arbeid kan bepalen, zelf geen klanten kan werven, zelf geen klantenkring kan opbouwen en geen werknemers kan inzetten om zijn bedrijf te laten groeien, is sprake van werknemerschap. Dit zijn geen nieuwe criteria, maar deze volgen uit de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. Deze criteria zijn tamelijk eenduidig en eenvoudig toe te passen en worden in de literatuur breed onderschreven als de criteria om een overeenkomst die strekt tot het ver-

30 Zo zegt Yaseen Aslam, een van de chauffeurs die tot het Supreme Court procedeerde, in Het Financieel Dagblad (Elfanie toe Laer, FD 18 maart 2021): "Een PR stunt. (...) Feitelijk verandert er dus weinig."

31 Naar Nederlands recht is de opvatting van Uber discutabel, ook als de relatie tussen Uber en de chauffeurs niet als arbeidsovereenkomst aangemerkt wordt, omdat de werkingssfeer van de Wet minimumloon in art. 2 lid 2 uitgebreid is naar opdrachtsovereenkomsten en volgens art. 12 lid 6 van die wet, voor zover het loon afhankelijk is van de uitkomsten van de verrichte arbeid, als maat voor de berekening van het minimumloon geldt 'de daadwerkelijke tijd die de werknemer heeft besteed aan de uitvoering van de verrichte arbeid.'

32 Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo*).

33 J. Kloostera, 'Ondergeschikt aan een algoritme?', *TRA* 2020/71. In vergelijkbare zin besliste het Spaanse Hooggerechtshof (Tribunal Supremo) op 25 september 2020, ECLI:ES:TS:2020:2924, en daarover A. Tolodi-Signes, *Dispach No 30 -Spain Notes on the Spanish Supreme Court Ruling that considers riders to be employees*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3717599](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3717599).

34 Ontario Labour Relations Board 25 February 2020, Case No. 1346-19-R, *Canadian Union of Postal Workers v. Foodora Inc. d.b.a. Foodora*, § 144. Zie voor andere voorbeelden, ook tegenovergesteld: Valerio de Stefano, Ilda Durri, Charalampos Stylogiannis, Mathias Wouters: *Platform work and the employment relationship*, ILO Working Paper 27, March 2021, p. 35 e.v.

35 H. van Steenberghe en E.B. Wits, 'Naar een doeltreffend onderscheid tussen werknemerschap en ondernemerschap. Hoe een vermoeden van werknemerschap schijnzelfstandigheid kan terugdringen', *TRA* 2020/91, onderschreven door T. Hartlief, in zijn blog van *NJB* 2 maart 2021, 'Arbeidsovereenkomst! Of toch niet?'

36 Conclusie A-G De Bock voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, onder nummer 9.71, met veel verwijzingen in nummers 9.31 tot 9.44.

richten van arbeid tegen betaling, te kwalificeren.<sup>37</sup> Ze passen ook bij de doelstellingen van de wet.

In het arrest van 6 november 2020 komt de Hoge Raad niet toe aan duidelijke overwegingen ter zake, maar om daaruit af te leiden dat er weinig veranderd is, lijkt mij onjuist. De Hoge Raad zet een duidelijke opmaat naar een kwalificatie van de overeenkomst die aansluit bij de werkelijke en maatschappelijke verhouding tussen en van partijen, met inachtneming van de doelstellingen van het recht en onder toepassing van de door het HvJ EU ontwikkelde criteria. Die opmaat is geen November Rain maar een ouverture van een mooie opera.

---

<sup>37</sup> Zie de conclusie A-G De Bock voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, onder nummer 5.64, voor een verwijzing naar een veelheid van auteurs die hierop al eerder wezen en de definiëring van het werknemersbegrip naar EU-recht.