

# DE ROL VAN “*EXTERN ONDERNEMERSCHAP*” ALS GEZICHTSPUNT IN HET TOETSINGSKADER VAN HET DELIVEROO-ARREST VOOR HET BEOORDELEN OF EEN OVEREENKOMST ALS EEN ARBEIDSOVEREENKOMST MOET WORDEN AANGEMERKT

*Mr. drs. J.J.W. van Ladesteijn*<sup>1</sup>

## 1. INLEIDING

1. Op 24 maart 2023 wees de Hoge Raad het zogenaamde Deliveroo-arrest<sup>2</sup>. Daarin bevestigde de Hoge Raad de tweefasensystematiek van “*eerst uitleggen, dan kwalificeren*” en de zogenaamde holistische toets<sup>3</sup> bij het beoordelen of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt.
2. Vernieuwend aan het Deliveroo-arrest ten opzichte van eerdere rechtspraak van de Hoge Raad was de introductie van een uitdrukkelijke<sup>4</sup> gezichtspuntencatalogus in het kader van de holistische toets.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Mr. drs. J.J.W. van Ladesteijn is advocaat bij Vertex Legal B.V.

<sup>2</sup> HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.

<sup>3</sup> “*Of een overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst, hangt af van alle omstandigheden van het geval in onderling verband bezien.*”

<sup>4</sup> Sinds jaar en dag bestaan in de rechtspraak gezichtspuntencatalogi in dit verband. Zo kwam de SER 20 jaar geleden op basis van het Groen/Schoevers-arrest tot een gezichtspuntencatalogus. Zie SER, *Ontwerpadvies Personenkring Werknemersverzekeringen*, Den Haag, 2004, p. 42: “*Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst kunnen onder meer een rol spelen: het karakter van de beloning; door wie en aan wie de betaling plaatsvindt; de mate waarin de ‘werknemer’ ondernemingsrisico draagt; de mate waarin de ‘werknemer’ zelf zorg draagt voor grond- en hulpstoffen en hulpmiddelen; of naast de overeengekomen werkzaamheden door de ‘werknemer’ nog andere werkzaamheden worden verricht; of door de ‘werkgever’ premies sociale verzekeringen worden ingehouden; of bij vakantie, ziekte- en verlofdagen aan de ‘werknemer’ loon wordt doorbetaald; of de bij ‘werkgever’ geldende arbeidsvoorwaardenregelingen (eindejaarsuitkering, bijdrage ziektekostenverzekering etc.) voor de ‘werknemer’ van toepassing zijn. Bij de vraag of sprake is van een gezagsverhouding kunnen onder meer de volgende factoren een rol spelen: is sprake van een arbeidsprestatie met een incidenteel dan wel een (meer) duurzaam karakter; is de mate waarin arbeid wordt verricht (vooraf) bepaald; wat is de mate van zelfstandigheid van de werknemer ten aanzien van de invulling en uitvoering van de bedongen arbeid; wat is de maatschappelijke positie van de persoon die tegen loon arbeid verricht.*”

<sup>5</sup> De gezichtspuntencatalogus van het Deliveroo-arrest maakt onderdeel uit van de holistische toets en is dus bij uitstek niet limitatief. De genoemde gezichtspunten “*kunnen van belang zijn*”.

3. Vooral gezichtspunt 9 van de gezichtspuntencatalogus van het Deliveroo-arrest houdt de gemoederen bezig. Wat is de rol en betekenis van dit gezichtspunt in het toetsingskader van het Deliveroo-arrest?

4. Gezichtspunt 9 luidt als volgt:

*“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.”*

5. Op 13 februari 2024 wees het hof Amsterdam een tussenarrest in de Uber-zaak.<sup>6</sup> In deze zaak vordert FNV kortweg onder andere dat Uber wordt veroordeeld tot naleving van de CAO Taxivervoer jegens de chauffeurs die voor haar werken, in de periodes waarin deze cao algemeen verbindend was verklaard. Deze cao geldt alleen voor werkgevers en werknemers, zodat beoordeeld moet worden of de Uberchauffeurs werkzaam zijn op grond van een arbeidsovereenkomst en dus werknemers zijn. Volgens FNV bestaan arbeidsovereenkomsten tussen Uber en de chauffeurs. Daartegenover stelt Uber dat de chauffeurs ondernemers zijn en dat dus geen arbeidsovereenkomsten bestaan.

6. Het hof stelt in het tussenarrest de Hoge Raad een drietal prejudiciële vragen over *“hoe het aspect ‘ondernemerschap’ een rol kan spelen bij de kwalificatie van een arbeidsrelatie”*.<sup>7</sup>

7. Op 30 september 2024 heeft A-G De Bock de Hoge Raad geadviseerd over de prejudiciële vragen van het hof. Volgens de A-G komt aan gezichtspunt 9 een beperkte betekenis toe en een subsidiaire rol. Pas wanneer een toetsing aan op de arbeidsrelatie betrekking hebbende gezichtspunten geen uitsluitel geeft over de vraag of een arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd, wordt aan gezichtspunt 9 toegekomen.

8. Het advies van A-G De Bock is nauwelijks becommentarieerd, terwijl de inhoud ervan zich daartoe wel leent, reeds vanwege het *“grote maatschappelijke en*

---

Rechtsoverweging 3.2.5 van het Deliveroo-arrest vermeldt geen rangorde tussen de genoemde gezichtspunten.

<sup>6</sup> Hof Amsterdam 13 februari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:601.

<sup>7</sup> Deze bijdrage behandelt niet de vierde prejudiciële vraag van het hof of kortweg artikel 3 Wet AVV een voldoende juridische grondslag biedt voor het instellen van de vordering van FNV.

*juridische belang*”. Deze bijdrage bespreekt daarom het advies van A-G De Bock ten aanzien van de eerste drie prejudiciële vragen van het hof aan de Hoge Raad.<sup>8</sup>

9. In dit commentaar wordt geconcludeerd dat de eerste drie prejudiciële vragen van het hof aan de Hoge Raad, alsmede het advies van A-G De Bock terzake aan de Hoge Raad in de Uber-zaak geen schoonheidsprijs verdienen. A-G De Bock lijkt in haar adviezen<sup>9</sup> aan de Hoge Raad over de toetsingssystematiek voor het beoordelen of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt zo gericht op eenvoudige, rechtsgelijke en voorspelbare kwalificatie van een arbeidsrelatie dat zij bij tijd en wijle onvoldoende acht lijkt te slaan op het contextualisme en de aanverwante casuïstische rechtsvinding<sup>10</sup> bij een holistische toets en een uitlegfase op basis van wilsautonomie, zijnde een fundament van het algemene vermogensrecht.

## 2. TUSSENARREST HOF AMSTERDAM

### 2.1 Intern ondernemerschap ter ontcoming aan ongewenste uitkomsten

10. In rechtsoverweging 5.6 van het tussenarrest overweegt het hof:

---

<sup>8</sup> In dit commentaar worden enkele analogieën in de voetnoten gemaakt met eerdere rechtspraak van hoogste rechtsorganen enkel ter nadere gedachtebepaling. Enige onderstreping van een citaat hieronder is van de auteur.

<sup>9</sup> Zo schreef A-G De Bock de adviezen aan de Hoge Raad in de Helpling-zaak, de Deliveroo-zaak, de Participatieplaats-zaak en dus de Uber-zaak.

<sup>10</sup> Zie ook J.J.W. van Ladesteijn, “Het belang van context bij schijnzelfstandigheid”, *Zipconomy* d.d. 24 december 2024. Te kort: het belang van het “*contextualisme*” brengt met zich mee dat bij een holistische toets omstandigheden van de beoordeling niet op voorhand mogen worden uitgesloten. Normen en waarden hebben geen ondubbelzinnige betekenis of waarde. Zij krijgen betekenis in een bepaalde context. Er is geen tijdloos recht. Niet alles is te voorzien. Daarom is een definitie per definitie niet definitief. Het recht loopt steeds achter de maatschappelijke ontwikkelingen aan. Open normen zijn vereist om tot een “*compromis*” te komen tussen de twee sociale benodigdheden: enerzijds flexibiliteit en anderzijds zekerheid binnen een rechtssysteem. Bij zaken als “*normatief pluralisme*” leidt wet- en regelgeving tot compromissen hierin en dus tot dubbelzinnig recht.. Dat er dan zogenaamde “*rafelige randen*” en “*hard cases*” zijn, betekent niet dat iedereen vogelvrij is. Dit toonde H.L.A. Hart meer dan 60 jaar geleden aan in de juridische “*landmark*” “*The Concept of Law*”. Zo is er een wisselwerking tussen het micro- en macro-perspectief te herkennen in de verschillende fases van de rechterlijke oordeelsvorming, gericht op de toekomst. Bijvoorbeeld in de legitimatiefase: met het inzichtelijk maken van het vonnis door de motivering ingevolge argumenten geformuleerd in het heden ontstaan toekomstverwachtingen bij partijen (micro-niveau), maar ook bij buiten-partijen (macro-niveau).

“Toepassing van de door de Hoge Raad in de tweede volzin van overweging 3.2.5 van het Deliveroo-arrest genoemde omstandigheden (‘Van belang ... commercieel risico’), welke omstandigheden hierboven zijn beschreven onder 5.6.1 tot en met 5.6.6<sup>11</sup>, leiden ertoe dat de elementen die bijdragen aan de kwalificatie ‘arbeidsovereenkomst’ zwaarder wegen dan de elementen die daarvoor een contra-indicatie vormen. Ook is niet gebleken dat een of meer van deze omstandigheden onverenigbaar zijn met het kwalificeren van de aansluitingsovereenkomst als arbeidsovereenkomst.

Het ondernemerschap van de Chauffeurs en de overige chauffeurs zou die balans wellicht kunnen doen omslaan. Dat de Chauffeurs ondernemer zijn is immers gebleken; of alle dan wel een deel van de overige chauffeurs ondernemer zijn, is minder duidelijk geworden. Indien het zijn van ondernemer van de Chauffeurs en een deel van de overige chauffeurs zou betekenen dat ook daarmee rekening houdend, alle omstandigheden van het geval (eerste zin van overweging 3.2.5 van het Deliveroo-arrest) tot de conclusie leiden dat de Aansluitingsovereenkomst niet kwalificeert als arbeidsovereenkomst en voor een ander deel van de overige chauffeurs wel (omdat niet dan wel onvoldoende gebleken is dat zij ondernemer zijn) dan zou dat betekenen dat precies dezelfde werkzaamheden uitgevoerd ten behoeve van Uber, in het ene geval wel worden verricht op basis van een arbeidsovereenkomst, en in het andere geval niet.

Dat lijkt in strijd te zijn met de onder andere door de Autoriteit Consument & Markt (verder: ACM) gehanteerde opvatting, dat zelfstandigen die zij-aan-zij werken met werknemers – waarmee bedoeld wordt dat zij het zelfde werk uitvoeren – voor de mededingingswetgeving geacht worden geen ‘echte’ zelfstandigen te zijn, zodat zij anders dan echte zelfstandigen prijsafspraken mogen maken (ACM, Leidraad Tariefafspraken zzp’ers, 2019).

Aan die, wat het hof betreft zeer ongewenste, consequentie (ene geval wel, andere niet) kan worden ontkomen door het element ‘ondernemerschap’ aldus op te vatten dat dit uitsluitend betrekking heeft op het ondernemerschap zoals zich dat in de onderhavige rechtsverhouding (in dit geval: tussen Uber en de Chauffeurs/chauffeurs) manifesteert (hierna te noemen: intern ondernemerschap).

Dat ‘interne’ ondernemerschap kan dan zien op aspecten zoals het commercieel risico (overigens ook al genoemd onder 5.5.6) en op de winstmogelijkheden die de Chauffeurs/chauffeurs in de onderhavige relatie hebben. Met andere woorden, van belang is dan of de Chauffeurs/chauffeurs kunnen/moeten meedelen in de winst of het verlies van Uber, en de winst- of verlieskansen dus niet uitsluitend betrekking hebben op de hoeveelheid gewerkte uren en op de duur van de opdracht.

---

<sup>11</sup> Deze verwijzing van het hof is onjuist. Het hof zal hebben bedoeld “onder 5.5.1 tot en met 5.5.6”.

*Dat zou dan betekenen dat aspecten van (extern) ondernemerschap die zich helemaal buiten het gezichtsveld van Uber afspelen, zoals het aantal andere opdrachtgevers dat de Chauffeurs/chauffeurs naast Uber hebben, geen rol spelen. Het hof is zich er echter van bewust dat in de derde volzin van overweging 3.2.5 van het Deliveroo-arrest het aantal andere opdrachtgevers wel expliciet genoemd is.”*

## **2.2 Drie prejudiciële vragen over rol ondernemerschap bij kwalificatie**

11. In rechtsoverweging 5.7 van het tussenarrest stelt het hof de volgende drie prejudiciële vragen aan de Hoge Raad over “hoe het aspect ‘ondernemerschap’ een rol kan spelen bij de kwalificatie van een arbeidsrelatie”:

*“In overweging 3.2.5 van het arrest van de Hoge Raad van 24 maart 2023 (ECLI:NL:HR:2023:443) is vermeld dat het van alle omstandigheden van het geval in onderling verband bezien afhangt of een overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst. Van belang wordt geacht (tweede zin) een achtal gezichtspunten, waaronder (viii) de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commerciële risico’s loopt. Verder (onder ix) 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. Gelet op deze overweging heeft het hof de volgende prejudiciële vragen:*

- Is het mogelijk dat, wanneer het (eventuele) ondernemerschap van een werker buiten beschouwing wordt gelaten, de tussen deze werker en diens opdrachtgever/werkgever gesloten overeenkomst kwalificeert als arbeidsovereenkomst, terwijl met het wel in beschouwing nemen van dat (eventuele) ondernemerschap, dezelfde overeenkomst niet als arbeidsovereenkomst kwalificeert?*
- Indien het antwoord op de eerste vraag bevestigend is, betekent dat dan dat de arbeidsrelatie ten aanzien van precies hetzelfde werk, verricht ten behoeve van dezelfde opdrachtgever/werkgever, verricht door de ene werker (niet zijnde een ondernemer) anders wordt gekwalificeerd dan de arbeidsrelatie ten aanzien van dat zelfde werk verricht door een andere werker (wel zijnde een ondernemer)?*

- *Dient het aspect ‘ondernemerschap’, zoals genoemd in overweging 3.2.5 van voornoemd arrest van de Hoge Raad van 24 maart 2023, aldus te worden opgevat (visie 1) dat dit ondernemerschap zich beperkt tot die aspecten van ondernemerschap zoals die zich voordoen in de specifieke relatie tussen deze werker en deze opdrachtgever/werkgever (bijvoorbeeld ten aanzien van een grotere vrijheid van werktijden of werkplaats dan werknemers in een vergelijkbare situatie plegen te hebben, dan wel grotere winst- of verlieskansen dan werknemers in een vergelijkbare situatie plegen te hebben) of (visie 2) dat voor dit ondernemerschap ook van belang zijn aspecten die betrekking hebben op de (ondernemers)situatie van de desbetreffende werker buiten de specifieke relatie tussen deze werker en deze opdrachtgever/werkgever, of (visie 3) moet dit ondernemerschap op een nog andere manier worden uitgelegd.”*

### **2.3 Enkele constatering**

12. In rechtsoverweging 5.6 van het tussenarrest geeft het hof uitdrukkelijk te kennen zich er van bewust te zijn “*dat in de derde volzin van overweging 3.2.5 van het Deliveroo-arrest het aantal andere opdrachtgevers wel expliciet genoemd is.*” Het hof is er dus mee bekend dat de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.2.5 van het Deliveroo-arrest uitdrukkelijk heeft overwogen dat “*extern ondernemerschap*”, zoals gedefinieerd door het hof in rechtsoverweging 3.2.5 van het tussenarrest, van belang kan zijn. Het antwoord op de vraag of “*extern ondernemerschap*” relevant kan zijn, is het hof dus bekend. De Hoge Raad heeft zich volgens het hof zelf daarover al uitgelaten.
13. De eerste drie prejudiciële vragen van het hof gaan dus niet zozeer over *Sein* (per arbeidsrelatie is het hof de uitkomst bekend), maar over *Sollen* (bij een vergelijking tussen *arbeidsrelaties* acht het hof de uitkomst “*zeer ongewenst*” bij dezelfde werkzaamheden bij dezelfde werkverschaffer, waarom het hof “*intern ondernemerschap*” als oplossing voorstelt in rechtsoverweging 5.6 van het tussenarrest). Oftewel: Het hof wenst effectief dat de Hoge Raad de inhoud van zijn arrest heroverweegt dusdanig dat “*extern ondernemerschap*” (visie 2 van het hof) “*geen rol*” speelt en dus ondernemerschap zich beperkt tot “*intern ondernemerschap*” (visie 1 van het hof) omdat kortweg verschillende kwalificaties bij dezelfde werkzaamheden en dezelfde werkverschaffer volgens het hof “*zeer ongewenst*” zijn. De vraag is of een prejudiciële vraag zich hiervoor leent, ook al heeft de Hoge Raad de prejudiciële vragen in behandeling genomen.
14. De overweging van het hof lijkt geënt te zijn op rechtsgelijkheid en daarmee te veronderstellen dat een geval gelijk is in het kader van het beoordelen of een

overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt bij (i) dezelfde werkzaamheden en (ii) bij dezelfde werkverschaffer.<sup>12</sup>

15. Voorzover het hof hiermee zij-aan-zij werken en daarmee organisatorische inbedding een doorslaggevend criterium veronderstelt, of meent dat enkel de vaststelling van deze twee omstandigheden volstaat (al dan niet inclus subelementen) voor de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst, gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting bij een holistische toets: alle omstandigheden van het geval in onderling verband bezien zijn relevant. Het “hoe” kan evenzeer van belang kan zijn bij het beoordelen of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt.<sup>13</sup>
16. Daarnaast is niet zonder meer begrijpelijk hoe rechtsoverweging 5.5 van het tussenarrest de conclusie van het hof draagt dat chauffeurs “*precies dezelfde werkzaamheden*” verrichten bij enkele algemene vaststellingen van het hof ten aanzien van groepen chauffeurs. Zo ontbreekt een vaststelling van de

---

<sup>12</sup> A-G De Bock zet in haar advies niet (uitdrukkelijk) dit rechtsgelijkheidsargument (risico van verschillende kwalificaties bij dezelfde werkzaamheden en dezelfde werkverschaffer) in, hoewel zij daartoe wel verschillende auteurs aanvoert. Zij schrijft enkel in randnummer 6.12 van het advies: “*tegen de achtergrond van de door de verschillende auteurs geuite kritiek [...]*”. Zou de A-G zich hierop wel beroepen, onderkent zij de dialectiek tussen het micro- (arbeidsrelatie sec), meso- (arbeidsrelatie in verhouding tot anderen, arbeidsrelaties bij dezelfde werkverschaffer, arbeidsrelaties binnen een sector etc.) en macroniveau (hier rechtsgelijkheid, maar denk ook aan ongelijkheidscompensatie, billijkheid, rechtszekerheid etc.) en daarmee aldus de relevantie van feiten en omstandigheden “*buiten de arbeidsrelatie*” in haar opvatting in dit verband, voorzover zij dit reeds doet met de inzet van de macro-omstandigheid van voorspelbaarheid van het toetsingskader in randnummer 6.12 van het advies (rechtszekerheid). Hierbij zij opgemerkt in dit kader dat verschillende in het advies genoemde auteurs diverse macro-argumenten inzetten voor een beperkte rol van gezichtspunt 9, zoals maatschappelijk, moraal/ideologie en politiek. Zo benadrukt Verhulp de doelstelling van het recht in dit verband: “*het reguleren van de arbeidsmarkt in het belang van de hele samenleving*”. Zie E. Verhulp, “Een arbeidsovereenkomst? Dat maak je zelf niet uit!”, *TRA* 2021/55, paragraaf 3: “*De rechtvaardiging voor een andere behandeling van ondernemers is dat ondernemingen zorgen voor innovatiekracht en werkgelegenheid. 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.”*

<sup>13</sup> Hier bestaat een dialectiek tussen het formele en het materiële. Zie bijvoorbeeld bijna 30 jaar geleden ten aanzien van de gezagsverhouding: C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Functies onder spanning*, Deventer: Kluwer, 1997.

werkzaamheden per individuele arbeidsrelatie om vervolgens vergelijkingen daartussen te kunnen maken.<sup>14</sup>

17. Tevens is de eerste prejudiciële vraag van het hof niet zonder meer begrijpelijk. Het hof spreekt over kwalificatie van “*dezelfde overeenkomst*” met en zonder ondernemerschap. Het hof lijkt uit te gaan van een onjuiste rechtsopvatting door te miskennen dat “*het ondernemerschap*” onderdeel uitmaakt van de “*overeenkomst*”. Indien “*ondernemerschap*” in beschouwing wordt genomen, is de overeenkomst niet “*dezelfde*”, in vergelijking tot de situatie wanneer dit eerste niet gebeurt. In de uitlegfase wordt “*onderzocht op welke wijze partijen hun overeenkomst hebben ingericht*”, Hier wordt de “*tussen partijen overeengekomen rechten en verplichtingen*” vastgesteld en dus de inhoud van de overeenkomst bepaalt (met de woorden van het hof: dus al dan niet met “*ondernemerschap*”).
18. Bovendien lijkt het hof met de eerste prejudiciële vraag te miskennen dat “*ondernemerschap*” bij alle gezichtspunten speelt, inherent aan het toetsingskader.<sup>15</sup>
19. Tenslotte verdient constatering dat de prejudiciële vragen van het hof aan de Hoge Raad ook zien op gezichtspunt 8 van de gezichtspuntencatalogus van het Deliveroo-arrest. In rechtsoverweging 5.6 van het tussenarrest overweegt het hof ten aanzien van gezichtspunt 8 “*dat ‘interne’ ondernemerschap kan dan zien op aspecten zoals het commercieel risico (overigens ook al genoemd onder 5.5.6) en op de winstmogelijkheden die de Chauffeurs/chauffeurs in de onderhavige relatie hebben*”. In rechtsoverweging 5.7 van het tussenarrest spreekt het hof ten aanzien van gezichtspunt 8 over “*grotere winst- of verlieskansen dan werknemers in een vergelijkbare situatie plegen te hebben*”.
20. Het commerciële risico van gezichtspunt 8 plaatst het hof dus, naar het lijkt, in het slot van winstmogelijkheden in de onderhavige relatie. Het is het hof te doen om die laatste toevoeging. Zij wenst dat dit gezichtspunt 8 “*intern*” wordt uitgelegd.
21. Houd het hof in het tussenarrest een beoordeling achterwege van gezichtspunt 9, voor gezichtspunt 8 doet zij dit wel, zonder enig voorbehoud en/of toelichting, in

---

<sup>14</sup> Het tussenarrest vermeldt dat de chauffeurs onbetwist hebben gesteld dat “*zij wat betreft reputatie, acquisitie, fiscale behandeling, gelet op het aantal opdrachtgevers voor wie zij werken of hebben gewerkt en de duur waarvoor zij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbinden, hebben te gelden als ondernemer.*” Het tussenarrest van het hof bevat geen vergelijkbare vaststelling dat bijvoorbeeld tussen partijen zou vaststaan dat (alle?) chauffeurs “*precies dezelfde werkzaamheden*” zouden verrichten.

<sup>15</sup> Zie ook bijvoorbeeld randnummer 5.13 van het advies van A-G De Bock.



rechtsoverweging 5.5.6 van het tussenarrest. Het lijkt niet zonder meer zuiver dat het hof dit voor het ene gezichtspunt waarvoor zij prejudiciële vraag stelt wel doet, en voor het andere gezichtspunt waarvoor zij een prejudiciële vraag stelt niet.

### **3. ADVIES A-G DE BOCK**

#### **3.1 Inleiding**

22. In het Participatieplaats-arrest<sup>16</sup> en het Deliveroo-arrest adviseerde A-G De Bock de Hoge Raad afscheid te nemen van de holistische toets. Organisatorische inbedding zou een doorslaggevend criterium (moeten) zijn bij het beoordelen of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt. Bij de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, zou niet van belang zijn of partijen de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten. Het Groen/Schoevers-arrest<sup>17</sup> zou dienen te worden herijkt.
23. De Hoge Raad ging daarin niet mee. Hij ging contrair aan A-G De Bock in het Participatieplaats-arrest met benadrukking van het Groen/Schoevers-arrest. De Hoge Raad bevestigde in het Deliveroo-arrest, met opnieuw refereerde aan het Groen/Schoevers-arrest, de holistische toets en dat organisatorische inbedding een gezichtspunt is dat van belang kan zijn.
24. Was in eerdere adviezen voor A-G De Bock organisatorische inbedding doorslaggevend criterium, op basis van haar laatste arbeidsrechtelijke advies in de Uber-zaak is gezichtspunt 9 van ondergeschikte betekenis.
25. Dit commentaar bespreekt hieronder het advies van A-G De Bock in de Uber-zaak, tenzij anders aangegeven.

#### **3.2 Geen stellingen van Uber of de chauffeurs**

26. Het advies vermeldt in randnummer 3.34 dat de advocaten van de betrokken partijen schriftelijke reacties hebben ingediend. Het advies bevat geen, c.q. minimaal argumenten tegen de door de A-G bepleitte opvattingen. Dat zou meebrengen dat deze processtukken niet dergelijke argumenten bevatten, zo ook bijvoorbeeld geen argumenten ten faveure van “*extern ondernemerschap*” als volwaardig gezichtspunt van gelijke rangorde, naast andere gezichtspunten bij een holistische toets. Dat is niet eenvoudig voorstelbaar.

---

<sup>16</sup> HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746.

<sup>17</sup> HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495.

27. Er is dus *ofwel* sprake van een omissie van deze advocaten, *ofwel* dit is een omissie van deze A-G. In het laatste geval zou dat te meer gelden, nu de A-G uiteenlopende zaken in het advies bespreekt, welke niet direct relevant zijn ter beantwoording van de prejudiciële vragen van het hof aan de Hoge Raad.

### 3.3 Uitleg prejudiciële vragen

28. In randnummer 5.8 van het advies stelt de A-G dat “*duidelijk*” uit de opbouw van het tussenarrest blijkt dat de prejudiciële vragen betrekking hebben op gezichtspunt 9. In randnummer 5.9 stelt de A-G dat het haar “*duidelijk*” is dat het gaat om gezichtspunt 9, “*en mede om de vraag hoe dit gezichtspunt zich verhoudt tot gezichtspunt 8*”. Dat randnummer vervolgt: “*Het hof vraagt zich vanuit deze gedachte af of hier wellicht ‘intern’ en ‘extern’ ondernemerschap moeten worden onderscheiden.*” Daarop schrijft de A-G in randnummer 5.12 van het advies:

*“Op te merken is dat gezichtspunt (viii) in het arrest van de Hoge Raad duidelijk is toegespitst op de werkzaamheden die binnen de specifieke arbeidsrelatie worden verricht. Het gaat dus niet om de veel ruimere vraag of de werker in het algemeen commercieel risico loopt. Het hof duidt gezichtspunt (viii) aan als intern ondernemerschap.”*

29. Het advies is op de hierboven genoemde onderdelen tegenstrijdig. Dit maakt het herhaaldelijke gebruik van de term “*duidelijk*” door de A-G niet zonder meer logisch.

30. De A-G vervolgt in randnummer 5.13 van het advies:

*“Uit het voorgaande volgt dat als de vragen zo worden uitgelegd dat deze zien op de rol en betekenis van ondernemerschap van een werkende in algemene zin binnen het toetsingskader van het Deliveroo-arrest (in de woorden van het hof: zowel intern als extern ondernemerschap), de vragen minder zinvol zijn. Bij alle gezichtspunten van Deliveroo gaat het er niet alleen om of er feiten en omstandigheden zijn die wijzen op werknemerschap, maar steeds ook of er – als contra-indicatie voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst – sprake is van feiten en omstandigheden die juist wijzen op ondernemerschap.”*

31. Gezegd zou kunnen worden dat dit echter wel de vraag van het hof is ingevolge de eerste zin van rechtsoverweging 5.7 van het tussenarrest: “*de vraag hoe het aspect ‘ondernemerschap’ een rol kan spelen bij de kwalificatie van een arbeidsrelatie*”. De prejudiciële vragen worden voorafgegaan met de zinssnede: “*Gelet op deze overweging heeft het hof de volgende prejudiciële vragen*”.

32. Dientengevolge zou het antwoord op de eerste prejudiciële vraag van het hof zijn op basis van de inhoud van het advies van de A-G zelf dat ondernemerschap van de werkende onmogelijk buiten beschouwing kan worden gelaten bij het beoordelen of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt. Aan de tweede en derde vraag wordt dan niet toegekomen. Echter hiermee eindigde het advies niet.

### 3.4 Het toetsingskader

33. Volgens A-G De Bock dient de rechter een “*totaalweging*” te maken (randnummer 5.1). Hij dient daarbij “*te kijken naar de realiteit*” (randnummer 5.4). Zoals de A-G schrijft in randnummer 5.55 van haar advies bij het participatieplaats-arrest: “*bij de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, niet van belang is of partijen de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten.*” Artikel 7:610 BW is van dwingend recht. Het zijn “*dus*” niet partijen zelf “*die uitmaken of sprake is van een arbeidsovereenkomst*” (randnummer 6.14). Het toetsingskader geeft invulling aan artikel 7:610 BW; dus aan de wettelijke elementen loon, arbeid en gezag. Het is niet de bedoeling dat de partijbedoeling insluit in de weging van de gezichtspunten (randnummer 6.24). Het doel van het toetsingskader is immers de kwalificatie van de arbeidsrelatie en niet de kwalificatie van de werkende (randnummer 6.32).
34. De A-G onderkent kortweg onvoldoende in het advies het civiele karakter van de (arbeids)overeenkomst, meer specifiek het fundament van partijautonomie in het algemene vermogensrecht<sup>18</sup>, de reikwijdte van het Groen/Schoevers-arrest en het Participatieplaats-arrest daarin, waaronder in het bijzonder de uitlegfase van de volgordelijke tweefasensystematiek daarbij.
35. Artikel 7:610 lid 1 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. Artikel 7:610 lid 1 BW bevat dus ook het element “*overeenkomst*”. Er wordt beoordeeld of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt.<sup>19</sup>
36. De arbeidsovereenkomst is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek en is dus een obligatoire, privaatrechtelijke overeenkomst. De wettelijke bepalingen betreffende

---

<sup>18</sup> J.M. van Slooten, “Nieuw ‘zfp-plan’ van minister Van Gennip past niet goed in onze rechtstraditie”, *Ondernemingsrecht* 2023/63.

<sup>19</sup> Daarom wordt in dit commentaar niet van “*het beoordelen van een arbeidsrelatie*” gesproken, maar, zoals de Hoge Raad, over het beoordelen of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt.

rechtshandelingen, verbintenissen en overeenkomsten zijn van toepassing op arbeidsovereenkomsten, voorzover kortweg daarop geen afwijkingen in de regelingen van de arbeidsovereenkomst zijn gemaakt. De artikelen 3:33 e.v. BW, alsmede artikelen 6:217 e.v. BW zijn dus van toepassing.

37. Een fundamenteel beginsel van het algemene vermogensrecht is de contractsvrijheid. Uitgangspunt is wilsautonomie. Die wilsautonomie vindt begrenzing doordat de overeenkomst niet alleen de door de partijen overeengekomen rechtgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien ex artikel 6:248 lid 1 BW juncto artikel 6:2 BW juncto 3:40 BW, waaronder dwingend recht, zoals de definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 lid 1 BW.
38. Partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling kunnen deze overeenkomst op verschillende wijzen inrichten. Dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald “*door hetgeen hen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond<sup>20</sup>, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven*”.

*“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.”*

39. In deze uitlegfase wordt dus “*de inhoud van de overeenkomst*” bepaald conform het algemene verbintenissenrecht. De betekenis wordt vastgesteld van de door de contractanten afgelegde verklaringen. Deze uitleg geschiedt mede aan de hand van de redelijkheid en billijkheid, welke hier van “*eminent belang*” is.<sup>21</sup>
40. Daarbij is de Haviltex-maatstaf een tweezijdige toepassing van het vertrouwensbeginsel als uitdrukking van de wilsvertrouwensleer.<sup>22</sup> Het komt aan op “*de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.*” Ook het gedrag van partijen bij de uitvoering van de overeenkomst kan aanwijzingen bieden omtrent de wijze waarop

---

<sup>20</sup> Zie voor de importantie van de rechterlijke vaststelling daarvan: HR 10 december 2004, *JAR* 2005/15.

<sup>21</sup> Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht 4-II*, hoofdstuk XIV.

<sup>22</sup> N.M.Q. van der Neut, “De Hoge Raad “delivers””: een nieuw kwalificatiehoofdstuk”, *ArbeidsRecht* 2023/29.

zij hun afspraak hebben opgevat, c.q. omtrent hetgeen zij met hun afspraak hebben beoogd.<sup>23</sup>

41. Verkort: het komt aan op de uitgedrukte wilsverklaring en de werkelijke wilsverklaring bij verschil met de uitgedrukte wilsverklaring via de band van het gerechtvaardigde vertrouwen.
42. Voorzover A-G De Bock dus de opvatting hult<sup>24</sup> dat de partijbedoeling niet relevant is in het toetsingskader voor het beoordelen of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden gemerkt, is die onjuist. De partijbedoeling is wel relevant in de eerste fase van de tweefasensystematiek.
43. Er geldt een holistische toets. Alle omstandigheden van het geval zijn relevant. Die omstandigheden dienen “*in onderling verband bezien*” te worden. Zo dus ook de gezichtspunten, waartussen vloeiende overgangen bestaan.<sup>25</sup>
44. Bij uitleg op basis van de Haviltexmaatstaf kan ingevolge vaste rechtspraak van de Hoge Raad de maatschappelijke positie relevant zijn.<sup>26</sup> Ook de aard en strekking

---

<sup>23</sup> Asser/Hartkamp, *Verbindenissenrecht 4-II*, hoofdstuk XIV.

<sup>24</sup> In haar advies in de Participatieplaats-zaak vermeldt A-G De Bock in randnummer 5.55: “*In lijn met het Inscharing-arrest lijkt het mij wenselijk dat de Hoge Raad verduidelijkt dat bij de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, niet van belang is of partijen de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten.*” In haar advies in de Uber-zaak vermeldt A-G De Bock in randnummer 6.14: “*de wens van een of beide partijen dat de arbeidsrelatie wordt aangemerkt als arbeidsovereenkomst is niet van belang.*”

<sup>25</sup> In dit verband kan ook de definitie van “*persoonlijk ondernemerschap*” van A-G De Bock in randnummer 5.16 van het advies worden geproblematiseerd. Zij schrijft daar: “*In navolging van het wetsvoorstel Verduidelijking Beoordeling Arbeidsrelatie en Rechtsvermoeden (wetsvoorstel-VBAR, zie hoofdstuk 6) waar gesproken wordt over ‘ondernemerschap van de persoon van de werkende’, zal ik element (ix) aanduiden als ‘persoonlijk ondernemerschap’. Het gaat hier dus om feiten en omstandigheden die betrekking hebben op het gedrag van de betrokken werker in het economisch verkeer, en daarmee dus om feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de persoon van de werkende, los van de te beoordelen arbeidsrelatie.*” Vooral de laatste zinssnede “*los van de te beoordelen arbeidsrelatie*” is niet zonder meer begrijpelijk, ook bij een ondergeschikte betekenis van gezichtspunt 9. Enige rol van gezichtspunt 9, hoe klein ook, zal bij A-G De Bock een rol vervullen in het kader van “*de te beoordelen arbeidsrelatie*”.

<sup>26</sup> Zie ook G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: Sdu 2004, p. 107/108. Toen viel het Boot, tevens één van de raadsheren van het hof Amsterdam in de Uber-zaak, op dat in situaties waarin niet geheel duidelijk is of een arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst bestaat, de maatschappelijke positie van de werkende door de Hoge Raad van doorslaggevend belang werd gevonden. Zie uitdrukkelijk ook HR 17 februari 2012, LJN BU8926, ro. 3.4.4.

van de overeenkomst kan van belang zijn.<sup>27</sup> In de uitlegfase zit de zogenaamde eendentest en bestaat juist wel een dialectiek tussen “*binnen en buiten*” de arbeidsrelatie gelegen omstandigheden, omdat het laatste kan doorwerken in het eerste.<sup>28</sup>

45. Zoals feiten en omstandigheden van “*de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht*” (gezichtspunt 3 van de gezichtspuntencatalogus van het Deliveroo-arrest) relevant zijn ter bepaling van de inhoud van een overeenkomst die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, kunnen ook feiten en omstandigheden van “*de bedrijfsvoering en/of de persoon van de werkende*” relevant zijn, welke naast andere feiten en omstandigheden waardering behoeven. Beide partijspecifieke feiten en omstandigheden dienen op gelijke wijze, even ruim, even eng, een rol in de uitleg te kunnen spelen.<sup>29</sup> Zij zijn, of (een onderdeel van) één daarvan, is niet als uitgangspunt van ondergeschikte betekenis.

---

<sup>27</sup> HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024. In die zin wijk ik dus af van Van Boom, al verdient opmerking dat Van Boom zich voorzichtig uitdrukt en meer zaken bevreemdt. Zie W.H. van Boom, “Uitleg en kwalificatie: stappenplan of eendentest?”, *NTBR* 2021/5. Een belangrijk arrest is het in deze noot genoemde Vodafone-arrest. Van Boom acht dit arrest een “*complicatie*”. Hij kan dit arrest niet plaatsen op basis van zijn weergave van het stappenplan van de Hoge Raad. Hij problematiseert zijn opvatting van het stappenplan van de Hoge Raad verder op basis van het Royal Palm Beach Club-arrest (HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9673). Echter hieruit volgt te meer dat volgens de Hoge Raad de aard en strekking van de overeenkomst onderdeel van de uitlegfase kan zijn. Daar zit de eendentest van eventueel “*wezen boven schijn*” (bij verschil tussen de werkelijke en uitdrukte wilsvaarding). Daarna volgt kwalificatie. Dit is daarmee te verenigen met de volgorde van de tweefasensystematiek van de Hoge Raad, zoals hij bestendig in zijn arresten overweegt. Voor de goede orde: de uitlegfase kan dan fungeren als voldoende referentiekader: J. Frank, “Facts are guesses”, in: *Courts on trial: Myth and Reality in American Justice*, New Jersey, 1950, p. 14-36. Houweling verwijst in het artikel “Kwalificeren na Deliveroo” in *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2023/20 op p. 26 naar Van Boom. Barentsen en Sagel verwijzen in de *Kroniek Sociaal Recht en A-G De Bock* in verschillende adviezen voor dit punt naar Houweling.

<sup>28</sup> In dit verband kunnen diverse differentiedenkers worden aangehaald, zoals Zizek. S. Zizek, *Welkom in de woestijn van de werkelijkheid*, Sun, Amsterdam, 2005. Toegepast op de oppositie tussen het particuliere en het universele: er is steeds een singulier deel dat geen onderdeel uitmaakt van het universele en als *part of no part* blijft bestaan. Het singuliere kan enkel gedacht worden via het universele als het particuliere.

<sup>29</sup> Gezien de “*vloeiende overgangen*” (analoog DSM/Fox) spreek ik hier niet van buiten de arbeidsrelatie gelegen feiten en omstandigheden. Ze maken daarvan onderdeel. In die zin kan worden gezegd dat er geen buitenpositie is. Vgl. H.A.F. Oosterling, *Radicale middelmatigheid*, Boom Essay, Amsterdam, 2000, p. 13.

*“Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten.”<sup>30</sup>*

*“Als de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst, moet de overeenkomst als zodanig worden aangemerkt.”*

46. Elke overeenkomst dient dus volgens de Hoge Raad eerst te worden uitgelegd, dan te worden gekwalificeerd. Er wordt in de tweefasensystematiek in de kwalificatiefase geduid wat “*daaraan voorafgaand*” in de uitlegfase is vastgesteld als hetgeen dat tussen partijen geldt terzake een overeenkomst van het verrichten van werk tegen betaling.
47. Zoals de partijbedoeling geen rol mag spelen bij kwalificatie, kan in de uitlegfase niet worden vooruitgelopen op een mogelijke kwalificatie als arbeidsovereenkomst. De herhaaldelijk door de Hoge Raad benadrukte volgordelijkheid wil zeggen dat de uitlegfase niet langer openstaat en is afgerond tijdens de kwalificatie.
48. Wel zal er na de vaststellingen, en dus na het afronden van de uitlegfase, heen en weer worden gegaan tussen de in de uitlegfase vastgestelde feiten en omstandigheden enerzijds en de omschrijving van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 lid 1 BW anderzijds.
49. Anders gezegd: door de volgordelijkheid van de tweefasensystematiek kan de kwalificatietoets niet de vaststelling van de inhoud van de overeenkomst beïnvloeden, alsook andersom: de partijbedoeling niet de (objectiviteit van de) kwalificatie. Van andere orde is dus dat er noodzakelijkerwijs een wisselwerking dient plaats te vinden tussen de vastgestelde overeengekomen rechten en verplichtingen in de uitlegfase enerzijds en de omschrijving van de arbeidsovereenkomst anderzijds.
50. Uitkomst van de kwalificatie van een overeenkomst welke strekt tot het verrichten van werk tegen betaling is *ofwel* een arbeidsovereenkomst *ofwel* een species van een overeenkomst van opdracht; niet een arbeidsovereenkomst of “*ondernemerschap*”. Immers ook indien voldaan is aan bijvoorbeeld gezichtspunt 9 en “*ondernemerschap*” in die zin, kan de overeenkomst worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst in verband met de holistische toets. Dit maakt ook het stellen van een spiegelbeeld tussen werknemerschap en ondernemerschap door A-

---

<sup>30</sup> HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, ro. 3.4.

G De Bock in bijvoorbeeld randnummer 5.11 van het advies niet volledig zuiver. Het werknemerschap staat tegenover het opdrachtnemerschap (of een species daarvan).

51. Daarmee zit de crux van het Participatieplaats-arrest niet zo zeer er in dat de Hoge Raad overwoog dat de partijbedoeling geen rol speelt in de kwalificatie, maar meer in het benadrukken van de importantie van de uitlegfase met de toepassing van de Haviltex-maatstaf bij het beoordelen of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt.<sup>31</sup>

### 3.5 Gezichtspunt 9 als subsidiair gezichtspunt

52. In randnummer 6.13 van het advies stelt de A-G:

*“Het is m.i. niet voor niets dat de Hoge Raad gezichtspunt (ix) in een afzonderlijke slotzin heeft toegevoegd. Hieruit leid ik af dat de betekenis van het gezichtspunt beperkt is. Hoewel uit het arrest niet direct duidelijk is wat die beperkte betekenis precies inhoudt, ligt het m.i. het meest voor de hand om aan te nemen dat alleen aan het gezichtspunt wordt toegekomen wanneer een toetsing aan de gezichtspunten (i) tot en met (viii) geen uitsluitel geeft over de vraag of een arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd. Anders gezegd: een toetsing aan ‘persoonlijk ondernemerschap’ (gedragingen in het economisch verkeer) komt pas aan de orde wanneer de eerste acht gezichtspunten, waarin het al dan niet zijn van ondernemer ook al steeds is ‘ingebakken’, geen duidelijkheid geven over de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst.”*

53. De A-G refereert in dit verband aan het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW. *“Door steeds betekenis toe te kennen aan omstandigheden die zich buiten de te beoordelen arbeidsrelatie voordoen”,* zouden volgens de A-G werkenden zelf in de hand kunnen hebben of die arbeidsrelatie al dan niet als arbeidsovereenkomst kwalificeert. *“De wens van een of beide partijen dat de arbeidsrelatie wordt aangemerkt als arbeidsovereenkomst is niet van belang”,* aldus A-G De Bock.

54. Het hof, noch de Hoge Raad overwegen dat *“steeds”* betekenis toekomt aan gezichtspunt 9 bij het beoordelen of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt. Alle omstandigheden van het geval in onderling verband bezien, zijn relevant. Gezichtspunten *“kunnen”* van belang zijn en soms dus ook niet in verband met het specifieke feitencomplex.

---

<sup>31</sup> Dit verklaart ook de opmerking van de Hoge Raad in het Participatieplaats-arrest: *“Anders dan wel uit het arrest Groen / Schoevers wordt afgeleid”*.



Zoals hierboven nader uitgewerkt, is in dit kader de wilsautonomie mede van belang. Zo bepaalt de partijbedoeling (uitgedrukt en eventueel werkelijk) de inhoud van de overeenkomst.

55. Voor de opvatting dat gezichtspunt 9 een subsidiair karakter zou hebben bij het beoordelen of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, zou volgens de A-G pleiten dat gezichtspunt 9 geen wettelijk element betreft. Echter dit geldt evenzeer voor andere gezichtspunten.<sup>32</sup>
56. De (subsidiare) vraag is vervolgens welk rechtsgevolg hieraan zou moeten worden verbonden. Waarom dat dan zou meebrengen dat enkel gezichtspunt 9 een subsidiair karakter zou hebben, werkt de A-G in het advies niet uit en is zonder verdere toelichting niet begrijpelijk (bij uitleg van de zinssnede “*ook kan van belang zijn*” van gezichtspunt 9).
57. In randnummer 6.34 van het advies schrijft de A-G als “*slotsom*”:

*“De vraag rijst wat de Hoge Raad nu eigenlijk precies voor ogen heeft gestaan met gezichtspunt (ix). Ik kan daar geen goed antwoord op geven.”*
58. Ondanks dat A-G De Bock zich dus niet in staat acht goed antwoord te geven op de vraag wat de Hoge Raad met gezichtspunt 9 voor ogen heeft gestaan, belet dit haar niet vergaande standpunten in het advies in te nemen.
59. Daarbij stelt zij summier dat een subsidiair karakter van gezichtspunt 9 “*meest voor de hand*” ligt. Haar uitleg “*ook van belang = van ondergeschikt belang*” zou dus voor de A-G meer voor de hand liggen dan een uitleg dat de Hoge Raad weet wat hij schrijft en met de zinssnede: “*ook kan van belang zijn*” in gezichtspunt 9 heeft bedoeld te schrijven dat gezichtspunt 9 ook van belang kan zijn.<sup>33</sup>
60. Deze alternatieve uitleg van “*ook van belang = ook van belang*” bespreekt de A-G niet, zoals zij evenmin in haar advies op het Groen/Schoevers-arrest ingaat, waaraan de Hoge Raad meermaals in zijn arresten verwijst of de rol van de maatschappelijke positie op basis van de Haviltex-maatstaf als partijspecifieke factor.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> J.M. van Slooten, *Ondernemingsrecht* 2023/50, p. 5.

<sup>33</sup> N. Hummel, “De rol van ‘extern ondernemerschap’ bij kwalificatie”, *TRA* 2024/6.

<sup>34</sup> N.M.Q. van der Neut, “De Hoge Raad “delivers”: een nieuw kwalificatiehoofdstuk”, *ArbeidsRecht* 2023/29; E.F. Grosheide, *JAR* 2023/107; N. Jansen & N.M.Q. van der Neut, *JAR* 2023/268. Een rechtsvergelijking met bijvoorbeeld Duits recht was hier ook interessant geweest, nu het Duitse recht ook een totaalweging kent en in dat verband geregeld als belangrijke relevante omstandigheid

### 3.6 Plaats gezichtspunt 9 binnen de tweefasensystematiek

61. Vanaf randnummer 6.17 tot aan paragraaf 11 van het advies laat A-G De Bock de prejudiciële vragen van het hof aan de Hoge Raad verdergaand los.
62. In de randnummers 6.17-6.24 behandelt de A-G summier de in de literatuur ontstane discussie over de vraag welke plaats gezichtspunt 9 inneemt binnen de tweefasensystematiek. Deze vraag stelt niet het hof aan de Hoge Raad, direct of indirect. De A-G laat verschillende auteurs kort de revue passeren om te concluderen dat zij het antwoord op de vraag of gezichtspunt 9 in de uitleg- dan wel in de kwalificatiefase moet worden ingedeeld, “*niet zo belangrijk*” vindt.
63. Zonder enige bespreking neemt de A-G daarmee dus afstand van verschillende arresten van de Hoge Raad, waaruit de volgorde van “*eerst uitleggen, dan kwalificeren*” kan worden afgeleid.
64. Anders gezegd: enerzijds slaat A-G De Bock wel acht op de dialectiek tussen de uitlegfase en de kwalificatiefase om het onderscheid daartussen te relativiseren, hoewel de Hoge Raad uitdrukkelijk daarin een verschil maakt. Anderzijds slaat de A-G geen acht op de dialectiek tussen feiten en omstandigheden “*binnen en buiten*” de arbeidsrelaties door strikt onderscheid te maken tussen feiten en omstandigheden “*binnen en buiten*” de arbeidsrelatie, hoewel de Hoge Raad daartussen geen uitdrukkelijk onderscheid maakt in het kader van een door hem bevestigde holistische toets (contrair aan de A-G).<sup>35</sup>

### 3.7 Betekenis “gedraagt of kan gedragen” van gezichtspunt 9

65. In de randnummers 6.25-6.28 van het advies gaat de A-G in op de betekenis van de zinsnede uit het *Deliveroo*-arrest dat van belang kan zijn of degene die de werkzaamheden verricht zich in het economisch verkeer als ondernemer *gedraagt of kan gedragen*. Hier geeft de A-G twee opties. Zo is het mogelijk dat de Hoge Raad met de zinsnede dat de werkende zich als ondernemer “*gedraagt of kan gedragen*” tot uitdrukking heeft willen brengen dat het gedrag in het economisch

---

beschouwd tegen het aanmerken van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst het werken voor andere opdrachtgevers en naar het publiek handelen als ondernemer.

<sup>35</sup> Bestendig wordt in de rechtspraak “*extern ondernemerschap*” als gezichtspunt 9 geduid. Dan wordt dus op basis van eenzelfde rangorde doorgeteld en geen onderscheid gemaakt tussen gezichtspunten “*binnen en buiten*” de arbeidsrelaties. Zie ook randnummer 5.2 van het advies. Dat zou (epistemologisch, c.q. mathematisch) niet zuiver zijn, wanneer de Hoge Raad de A-G volgt of wanneer men het standpunt inneemt dat er een rangorde geldt in gezichtspunten van de gezichtspuntencatalogus van het *Deliveroo*-arrest.

verkeer zich niet op ieder moment in gelijke mate zal manifesteren. Anderzijds is het volgens de A-G goed denkbaar dat de zinsnede samenhangt met de *duurzaamheid* van de onderneming. Daarbij refereert de A-G aan het fiscale perspectief, terwijl zij in randnummer 6.12 van het advies nog het eigene van de *civielrechtelijke* beoordeling leek te willen benadrukken met cursivering van het woord “*civielrechtelijke*”.

### 3.8 De WVBAR

66. In paragraaf 7 van het advies bepleit de A-G dat een beperkte rol voor gezichtspunt 9 aansluit bij de WVBAR. De A-G verwijst dus naar een nog niet in behandeling zijnde wetsvoorstel bij de uitleg van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad over het toetsingskader van het Deliveroo-arrest van 24 maart 2023. Liet de A-G eerder in het advies standpunten van verschillende auteurs volgen, ten aanzien van de breed bekritiseerde WVBAR worden enkel een drietal schrijvers genoemd in twee randnummers van in totaal zeven zinnen.<sup>36</sup>
67. Ook het rechtsvermoeden van de WVBAR brengt de A-G kort te berde. Wat van dit deel van het advies relevant is voor het standpunt van de A-G voor een beperkte rol van gezichtspunt 9 conform randnummer 6.36 van het advies is niet zonder meer begrijpelijk, alsook de opmerkingen over het handhavingsmoratorium.
68. In randnummer 7.26 van het advies stelt de A-G wel nog terloops, met referte aan de MvT bij de WVBAR, dat de vrijheid van ondernemerschap en contractsvrijheid van belang zijn, maar die worden begrensd door de dwingendrechtelijke bescherming van werknemers.
69. Die opvatting van de A-G is niet zonder meer juist. Op basis van de beperkingsregel van artikel 52 lid 1 EU Handvest is uitgangspunt dat geen beperking op de vrijheid van ondernemerschap is toegestaan. Het grondrecht heeft het primaat. Voor beperking gelden verschillende cumulatieve vereisten. Zaken liggen genuanceerder bij botsing van grondrechten met de vrijheid van ondernemerschap, maar de balans tussen ondernemersvrijheid en

---

<sup>36</sup> Via de internetconsultatie werden meer dan 1100 reacties ingediend, hoofdzakelijk negatief. Het Adviescollege Toetsing Regeldruk kende het wetsvoorstel een dictum 4 toe. De Raad voor de Rechtspraak was kritisch. Na het advies van A-G De Bock verscheen een kritisch advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State. Gelezen in het licht van het gehele advies, waaronder de selectieve aard ervan, kan de indruk ontstaan dat de A-G vooral invoering van de WVBAR bepleit op basis van haar opvattingen over de uitleg van de toetsingssystematiek van het Deliveroo-arrest.

werknemersbescherming slaat niet automatisch door ten voordele van de een of de ander.<sup>37</sup>

### 3.9 Europees recht

70. In de Europeesrechtelijke paragraaf 8 van het advies bespreekt de A-G onder andere niet artikel 16 EU Handvest: de vrijheid van ondernemerschap. De in artikel 16 EU Handvest verleende bescherming omvat drie vrijheden: (i) de vrijheid een economische activiteit of een handelsactiviteit uit te oefenen, (ii) de contractsvrijheid en (iii) de vrije mededinging.<sup>38</sup> Het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap<sup>39</sup> zou zo maar relevant kunnen zijn op basis van de beperkingsregel van artikel 52 lid 1 EU Handvest terzake de rangorde van gezichtspunten.
71. In paragraaf 8 van het advies voert de A-G echter enkel summier aan dat er in de rechtspraak van het HvJ EU geen aanwijzingen te vinden zijn dat ook het gedrag van de werkende in het economische verkeer een rol speelt. Dat is echter niet vreemd, nu artikel 7:610 BW ten tijde van de publicatie van het advies geen grondslag in het EU-recht kende.
72. In de beschouwing van de randnummers 6.12-6.16 van het advies zet de A-G niet de rechtspraak van het HvJ EU in ter verankering dat gezichtspunt 9 een beperkte rol heeft en/of een subsidiair karakter kent.

---

<sup>37</sup> J.J.W. van Ladesteijn, “De positie van de vrijheid van ondernemerschap in het arbeidsrecht”, *Ondernemingsrecht* 2024/12, nr. 62.

<sup>38</sup> HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11.

<sup>39</sup> HvJ 18 juli 2013, C-426-11 (Parkwood), ro. 32: “*dat grondrecht omvat onder meer de contractsvrijheid*”. Zie ook FRA, *Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right*, August 2015, p. 3. “*The freedom to conduct a business is a fundamental right, and as such is first and foremost justifiable for that very reason – for being a right.*” L.G. Verburg, “De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis”, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2020/14, p. 11 en zie noot 3 hierboven met betrekking tot *Parkwood*. Zie ook S.S.M. Peters, “Arbeidsrechtelijke lastendruk en ondernemersbescherming”, *TRA* 2016/32, p. 3. “*Van belang is dat het HvJ EU vrij recent in het arrest Parkwood Leisure, dit grondrecht heeft gebruikt om een grens te stellen aan ‘te werknemersvriendelijke’ uitleg van een bepaling in een arbeidsrechtelijke richtlijn*”. “*Het HvJ EU roept dus een halt toe aan uitleg van een arbeidsrechtelijke verplichting die zó ruim is, dat daardoor de ondernemingsvrijheid te zeer wordt aangetast*”. Het grondrecht van ondernemersvrijheid kan volgens Peters een grens stellen aan arbeidsrechtelijke verplichtingen.

73. In randnummer 11.8 van het advies, waarin A-G De Bock de prejudiciële vragen 1 t/m 3 beantwoordt, schrijft de A-G:

*“De benadering past bovendien ook bij de rechtspraak van het HvJ EU, nu de feiten en omstandigheden die wijzen op ondernemerschap – en dus een contra-indicatie vormen voor werknemerschap – enkel een rol spelen voor zover deze zich binnen de te beoordelen arbeidsrelatie manifesteren.”*

74. De “benadering” slaat, naar het lijkt, tevens terug op het subsidiaire karakter van gezichtspunt 9 (randnummer 11.4/11.5). Dit volgt echter niet uit hoofdstuk 8 van het advies. Aldus kan de A-G ten onrechte de indruk wekken dat uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat aan gezichtspunt 9 een subsidiair karakter toekomt.

### **3.10 Invulling gezichtspunt 9**

75. In paragraaf 9 van het advies gaat de A-G in op een mogelijke invulling van gezichtspunt 9. De A-G komt tot de conclusie dat er naast de door de Hoge Raad genoemde voorbeelden nog meer indicaties kunnen wijzen op persoonlijk ondernemerschap.
76. Deze “*slotsom*” in randnummer 9.33 van het advies is een open deur. De Hoge Raad spreekt in rechtsoverweging 3.2.5 van het Deliveroo-arrest, na het bevestigen van de holistische toets, in gezichtspunt 9 uitdrukkelijk van “*voorbeeld*”. Het stond en staat niet voor het hof of de Hoge Raad ter discussie dat er nog meer indicaties kunnen zijn die wijzen op persoonlijk ondernemerschap.
77. Ook in paragraaf 9 van het advies lijkt de A-G zaken te willen verduidelijken met het risico daarmee juist te miskennen wat de implicaties van een holistische toets zijn en de reikwijdte van de uitlegfase betreft.<sup>40</sup> Zo kan volgens de A-G ingevolge randnummer 9.30 van het advies enkel worden toegekomen aan de fiscale behandeling van een werkende als ondernemer, als in fiscaalrechtelijk context een daadwerkelijke beoordeling van de arbeidsrelatie heeft plaatsgevonden door de Belastingdienst of de (fiscale) rechter. De vraag is of dit zo stellig kan worden gezegd bij een toetsing en dus ook waardering dusdanig afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden.

---

<sup>40</sup> Hier valt een analogie te maken met de rechtspraak over de XYZ-formule. Een holistische toets verzet zich fundamenteel tegen (a priori) fixeringen.

### 3.11 De platformrichtlijn

78. Paragraaf 10 van het advies stipt de platformrichtlijn aan. Deze paragraaf gaat niet in op de vraag of gezichtspunt 9 een beperkte betekenis zou moeten hebben bij het beoordelen of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, werkt niet uit dat gezichtspunt 9 een subsidiair karakter kent en de inhoud ervan is niet van belang voor de beantwoording van de prejudiciële vragen.

## 4. CONCLUSIE

79. De prejudiciële vragen van het hof Amsterdam aan de Hoge Raad over “*hoe het aspect ‘ondernemerschap’ een rol kan spelen bij de kwalificatie van een arbeidsrelatie*”, alsmede het advies van A-G De Bock verdienen geen schoonheidsprijs.
80. De opvattingen van A-G De Bock kunnen willekeurig overkomen en zijn geregeld summier onderbouwd en soms tegenstrijdig. Des te opvallender dat de opvattingen van de A-G op wezenlijke onderdelen met de WVBAR overeenstemmen.
81. A-G De Bock lijkt in haar adviezen over de toetsingsystematiek van het beoordelen of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt zo gericht op eenvoudige, rechtsgelijke en voorspelbare kwalificatie dat zij bij tijd en wijle onvoldoende acht lijkt te slaan op het contextualisme<sup>41</sup> en de casuïstische rechtsvinding met een holistische toets en uitleg op basis van wilsautonomie, zijnde een fundament van het algemene vermogensrecht. Dit gaat ten koste van de evenwichtigheid van het advies.
82. Het antwoord zit uiteindelijk in de nuance.<sup>42</sup> De billijkheid brengt mee dat de rechter nauwkeurig rekenschap dient te geven van de concrete omstandigheden en factoren bij het beoordelen of een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt. In dat verband kunnen ter bepaling van de inhoud van de overeenkomst ook partijspecifieke feiten en omstandigheden relevant zijn, zoals “*extern ondernemerschap*”, alsook de aard en strekking van de overeenkomst, gelet op de hier geldende communicerende vaten in een volgordelijke tweefasensystematiek. Het contextualisme zit omsloten in de uitlegfase met door

---

<sup>41</sup> Analooq kan in dit verband worden verwezen naar de opleving van het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht, juist om voldoende acht te slaan op de feiten en omstandigheden van het geval, mede naar aanleiding van de toeslagenaffaire: RvS 2 februari 2022 ECLI:NL:RVS:2022:285; RvS 1 maart 2023 ECLI:NL:RVS:2023:772 en CRvB 1 juli 2019 ECLI:NL:CRVB:2019:2016.

<sup>42</sup> Analooq kan hier worden verwezen naar het Van de Grijp/Stam-arrest.

middel van de Haviltex-maatstaf een tweezijdige toepassing van het vertrouwensbeginsel.

83. De rechtszekerheid brengt mee dat de rechter verantwoording dient af te leggen op zodanige wijze dat voldoende inzicht wordt gegeven in de afweging die tot zijn beslissing heeft geleid. Voorspelbaarheid neemt toe naarmate de rechter vollediger inzicht geeft in de gedachtegang die tot zijn beslissing heeft geleid.
84. De rechtsgelijkheid zit in de procedure, welke de uitkomst bepaalt: na vaststelling van hetgeen dat tussen partijen geldt, wordt in de kwalificatiefase eenduidig en transparant onderzocht of de vastgestelde inhoud van de overeenkomst voldoet aan de omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Dit is een objectief proces, welke dus bij uitstek losstaat van de bedoeling van de partijen. Dit voorkomt ook dat rechtspolitiek wordt bedreven. Rechterlijk vertrouwen mag er zijn op basis van eerdere uitspraken.