

Zzp'ers en verkeersongevallen

Enkele gedachten over een verplichte verzekering

AV&S 2021/3

Deze bijdrage behandelt (een deel van) de verhaalspositie van de bezorger die schade oploopt door een verkeersongeval tijdens de bezorging. Indien de bezorger werkt op basis van een arbeidsovereenkomst geldt voor de werkgever een verzekeringsplicht. Indien de bezorger werkt op basis van een overeenkomst van opdracht komt de vraag naar voren of een plicht tot het afsluiten van zo'n verzekering via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 1 BW moet worden aangenomen. Auteurs concluderen dat er uitzonderingsgevallen denkbaar zijn waarin die vraag bevestigend moet worden beantwoord.

1 Introductie

1.1 Een onduidelijke verhaalspositie...?

Op een regenachtige zondagavond is Deliveroo-bezorger Anna aan het werk in Utrecht.² Ze rijdt op een geleaste elektrische fiets. Ze gebruikt die elektrische fiets omdat zij per bezorging betaald krijgt en zij met een snellere fiets in kortere tijd dus meer geld kan verdienen. Door het slechte zicht in de regen en de gladheid neemt Anna een bocht iets te scherp en slipt. Ze botst met de elektrische fiets tegen een boom en loopt ernstig letsel op. Anna is verzekerd tegen arbeidsongeschiktheid, maar wil de overige schade (denk aan ziekenhuiskosten en smartengeld) die zij als gevolg van het ongeval heeft geleden ook vergoed zien. Zij stelt daartoe Deliveroo aansprakelijk. Daar wordt het juridisch spannend: indien de relatie tussen Anna en Deliveroo als een arbeidsovereenkomst wordt gekwalificeerd, kan Anna Deliveroo mogelijkwijs aansprakelijk stellen op de grond dat Deliveroo heeft verzaakt een (verkeersongevallen)verzekering voor haar af te sluiten of haar financieel in staat te stellen zelf zo'n verzekering af te sluiten.³ Indien Anna werkt op basis van een overeenkomst van opdracht is het de vraag of ze deze mogelijkheid heeft.

Het hiervoor geschetste scenario is illustratief voor de in deze bijdrage centraal staande thematiek: de verhaalspositie van een (vermeende) zzp'er die schade oploopt door een ongeval dat verband houdt met het werk of de opdracht. In het bijzonder speelt de hier centraal staande kwestie bij bezorgdiensten. Door de toenemende populariteit van online winkelen en bestellen stijgt het aantal bezorgingen en dus ook het aantal mensen dat zich voor het rondbrengen van die bezorgingen in het verkeer begeeft.⁴ Dankzij online bestellingen groeit bijvoorbeeld de omzet van PostNL, terwijl het aantal te verwerken brieven afneemt.⁵ Ook maaltijdbezorgdiensten, zoals Thuisbezorgd.nl en Deliveroo, timmeren stevig aan de weg. De coronacrisis lijkt deze trend alleen maar te versterken.⁶ Een consequentie van deze maatschappelijke ontwikkeling is dat, met name in de spits, zich een groeiend aantal maaltijdbezorgers in het verkeer begeeft. Dat gegeven doet zorgen rijzen over de veiligheid van de bezorgers. Veilig Verkeer Nederland, de Nederlandse Vereniging Van Maaltijdbezorgers en verzekeringsmaatschappij de Vereende, uitten reeds hun zorgen over de verkeersrisico's die maaltijdbezorgers lopen (en overigens ook in het leven roepen). Aanleiding voor hun zorgen zijn cijfers waaruit blijkt dat bestuurders van bezorgbrommers bijna zes keer zo vaak "schade rijden" als privébestuurders, met een schadebedrag dat gemiddeld 75 procent hoger ligt.⁷ In het voorjaar van 2019 maakte RTL Nieuws bekend dat maaltijdbezorgers zeker twee keer per week betrokken zijn bij (verkeers)ongelukken, en dat elke week een maaltijdbezorger naar het ziekenhuis moet als gevolg van een verkeersongeval.⁸ Een mogelijke verklaring voor deze cijfers is dat de bezorgers doorgaans niet per uur, maar per bezorgde bestelling worden beloond, hetgeen gevaarlijk verkeersgedrag in de hand zou werken.⁹ Naar aanleiding van de bevindingen van RTL Nieuws deed de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid nader onderzoek. Hieruit kwam naar voren dat meer dan de helft van de bedrijven met (relatief jonge) maaltijdbezorgers in dienst, de

1 Mr. M. (Maria) Bouwman is als docent-onderzoeker verbonden aan de afdeling Privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Prof. mr. E.R. (Elbert) de Jong is als hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Verbintenissenrecht, verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law van de Universiteit Utrecht. Hij is tevens raadshoofd-plaatsvervanger in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Deze bijdrage is ontwikkeld naar aanleiding van het vak Rechtsvorming in het aansprakelijkheidsrecht. De auteurs danken Jan Spanjaard en Ivo Giesen voor waardevolle opmerkingen op een eerdere versie van deze bijdrage. Citeerwijze: M. Bouwman & E.R. de Jong, 'ZZP'ers en verkeersongevallen', *AV&S* 2021/3, afl. 1.

2 Deliveroo is hier gebruikt als een voorbeeld. De inzichten in dit artikel hebben betrekking op bezorgdiensten in het algemeen.

3 Zie nader over deze verzekeringsplicht paragraaf 2 van deze bijdrage.

4 K. Frenken, A.H.M. van Waas, M. Smink & Q.C. van Est, *Eerlijk delen – Waarborgen in publieke belangen in de deeleconomie en de kluseconomie* (rapport Rathenau Instituut), bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 38, 3, p. 26; B.J. ter Weel, S. van der Werff, J.H. Bennaars, R. Scholte, J. Fijnje, M. Westerveld & A.L. Mertens, *De opkomst en groei van de kluseconomie in Nederland* (rapport in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 29544, 837. Wij kunnen ons voorstellen dat de coronacrisis en de gevolgen van de genomen maatregelen, ook invloed hebben op de hier aangehaalde cijfers.

5 *Post- en Pakkettenmonitor 2017* (openbaar rapport ACM nr. ACM/18/032561), Den Haag: ACM 2018.

6 'Thuisbezorgd-moederbedrijf lijkt nog steeds te profiteren van coronacrisis', *Nu.nl* 14 oktober 2020. Laatst geraadpleegd op 18 november 2020.

7 'Verklaring voor verkeersveiligheid', *Vvn.nl*. Laatst geraadpleegd op 18 november 2020.

8 'Elke week een maaltijdbezorger gewond naar het ziekenhuis', *Rtlnieuws.nl* 6 april 2019. Laatst geraadpleegd op 18 november 2020.

9 'Zigzaggen over de stoep, als je haast hebt', *NRC Handelsblad* 16 januari 2019; 'Maaltijdbezorgers moeten op verkeersles 'sociaal weggedrag' leren', *Volkskrant* 7 juni 2019. Laatst geraadpleegd op 18 november 2020.

arbeidsomstandighedenwetgeving overtreedt.¹⁰ Bovendien werd eerder ook bekend dat werk- en opdrachtgevers veel minder (arbeids)ongevallen aan de Inspectie melden dan er in werkelijkheid plaatsvinden.¹¹ Recentelijk kwam eveneens het nieuws naar buiten dat naar het oordeel van de Inspectie in de postpakkettenbranche (veel) misstanden zijn.¹²

Over de verhaalspositie van (vermeende) zzp'ers die schade oplopen door een verkeersongeval tijdens de bezorging bestaat nog de nodige onduidelijkheid. Reeds in 2017 leverde een ambtelijke werkgroep stevige kritiek op de huidige juridische positie van de zzp'er en concludeerde dat bij de wetgever "[e]en principiële keuze voor of visie op welke bescherming de zzp'er wel of niet toekomt, ontbreekt".¹³ In het in juni 2019 gesloten principeakkoord Vernieuwing Pensioenstelsel (pensioenakkoord) is overeengekomen dat er een wettelijk verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering komt voor zelfstandigen.¹⁴ Een wetsvoorstel dat dit moest faciliteren door een minimumbeloning van 16 euro per uur voor zzp'ers te introduceren, kreeg in de consultatieronde echter felle kritiek en werd ingetrokken.¹⁵ Een bezwaar was dat de administratieve lasten van een minimumbeloning te hoog zouden zijn.¹⁶ De verwachting is nu dat in 2021 een nieuw wetsvoorstel wordt gedaan om een verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zzp'ers in te voeren.¹⁷ Over verzekeringen voor andere vormen van schade wordt echter niet gerept en duidelijkheid over de verhaalspositie van zzp'ers ten aanzien van die andere vormen van schade na een ongeval is er dus nog niet.¹⁸

1.2 Wie verschaft duidelijkheid: wetgever of rechter?

Die (gewenste) duidelijkheid over de verhaalspositie van zzp'ers valt op korte termijn niet vanuit wetgevende hoek te verwachten. Naar aanleiding van het hiervoor aangehaalde RTL-onderzoek werden in de Kamer bijvoorbeeld zorgen geuit over de jonge leeftijd van veel bezorgers, die mogelijk levenslange schade ondervinden als gevolg van ongelukken tijdens het bezorgen en over de moeite die bezorgers na een ongeluk zouden hebben om vergoeding van hun schade te krijgen. Staatssecretaris Van Ark gaf in haar antwoord op de Kamervragen toe zich zorgen te maken over de arbeidsveiligheid in het algemeen. Met betrekking tot de verhaalspositie van maaltijdbezorgers merkte zij echter op dat werknemers beschermd worden door het socialezekerheidsstelsel en via het "private recht" hun schade kunnen verhalen, maar dat een zelfstandige werkzaamheden uitvoert "voor

eigen rekening en risico".¹⁹ Bij de deze stand van zaken is het niet verwonderlijk – zo blijkt ook uit de hieronder te behandelen rechtspraak – dat aan de civiele rechter wordt gevraagd of de (vermeende) zzp'er meer bescherming dient toe te komen dan het geval is in de huidige situatie.²⁰ Er wordt verschillend gedacht over het antwoord op die vraag en hoe voortvarend de rechter te werk moet gaan bij het verschaffen van duidelijkheid over de verhaalspositie van een zzp'er. Zo vond de Rechtbank Midden-Nederland dat het aan de wetgever is om iets te doen aan ongewenste arbeidsverhoudingen, en de uitwassen daarvan, in de platformeconomie.²¹ In 2019 oordeelde de Amsterdamse kantonrechter anders. Volgens hem is het juist wenselijk dat rechters zich uitlaten over de thematiek. Dat zij daarbij mogelijkterwijs tegenstrijdige uitspraken wijzen acht hij een goede ontwikkeling: "gezien de snelle ontwikkeling die de platformeconomie in Nederland doormaakt, [is] het voor de rechtsontwikkeling van belang [...] dat over de materie verschillend wordt geoordeeld".²² Ondertussen zien we aan de zijde van de wetgever een afwachtende houding. Het kabinet vindt het wenselijk dat "door middel van rechterlijke uitspraken, meer helderheid komt over arbeidsrelaties in de platformeconomie."²³

1.3 Opbouw van de bijdrage: twee routes

Afgaande op het voorgaande lijkt het waarschijnlijk dat het vroeg of laat uiteindelijk aan de Hoge Raad is om duidelijkheid over de materie te verschaffen.²⁴ Voor een deel, zo komt ook in paragraaf 2 aan de orde, is dit ook gebeurd.²⁵ In deze bijdrage willen we verkennen hoe die duidelijkheid er in relatie tot een verzekeringsplicht voor arbeidsongevallen uit kan zien. Dat doen we door een onderscheid te maken tussen twee 'routes' die een maaltijdbezorger die schade lijdt als gevolg van een verkeersongeval tijdens de bezorging kan bewandelen. De eerste route loopt via de titel 10 van boek 7 BW, waarin de arbeidsovereenkomst is geregeld (par. 2). In deze route komt het primair aan op de vraag naar kwalificatie van de overeenkomst; indien de overeenkomst tussen de bezorger en de bezorgdienst als arbeidsovereenkomst wordt gekwalificeerd, dan is immers ook de rechtspraak aangaande de verplichte verzekering bij verkeersongevallen van toepassing op hun rechtsverhouding. De achterliggende vraag hierbij is welke criteria bepalend zijn bij deze kwalificatiekwestie. De tweede route loopt via titel 7 van boek 7 BW, waarin de regels aangaande

10 Kamerstukken II 2019/20, 25883, nr. 375.

11 *Aanhangsel Handelingen II* 2018/19, 2778.

12 'Misstanden bij koeriers zijn de regel', *NRC Handelsblad* 11 november 2020. Laatst geraadpleegd op 18 november 2020.

13 Kamerstukken II 2016/17, 34036, 64, p. 96.

14 Kamerstukken II 2018/19, 32043.

15 'Internetconsultatie minimumtarief en zelfstandigenverklaring online', *Rijksoverheid.nl* 28 oktober 2019.

16 Kamerstukken II 2020/21, 21501-03, nr. 149, p. 23.

17 Kamerstukken II 2020/21, 35570-XV, nr. 2.

18 Dit kabinet onderneemt in ieder geval geen actie meer op dit dossier, zo werd ook al eerder bekend. Zie bijvoorbeeld 'Het kabinet wil zzp'ers wel helpen maar de tijd ontbreekt', *Trouw* 12 november 2020, laatst geraadpleegd op 18 november 2020.

19 *Aanhangsel Handelingen II* 2018/19, 2778.

20 In de feitenrechtspraak zien we al dat erover geprocedeerd wordt, bijv. Rb. Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6028; Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10566.

21 Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, r.o. 31.

22 Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, r.o. 24.

23 De verwachting is dat in deze gerechtelijke procedures over de kwalificatie van de arbeidsrelatie tot het hoogste niveau wordt geprocedeerd en daarmee binnen de huidige juridische kaders meer duidelijkheid zal worden verschaft over de arbeidsrechtelijke normen; zie *Aanhangsel Handelingen II* 2019/20, 313. Vgl. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746.

24 'Vroeg' kan bijvoorbeeld via de prejudiciële vraagprocedure ex. art. 392 Rv en heeft wellicht de voorkeur boven al te veel verschillende uitspraken van wisselende feitenrechters.

25 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746.

de overeenkomst van opdracht zijn opgenomen, én de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 1 BW (par. 3). Indien de overeenkomst niet wordt gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst zal doorgaans sprake zijn van een overeenkomst van opdracht. In dat geval komt de vraag naar voren of, en zo ja wanneer, de verzekeringsplicht een onderdeel kan worden gemaakt van die overeenkomst (par. 3). Voorop staat dat partijen die middels de overeenkomst van opdracht aan elkaar gebonden zijn méér vrijheid hebben om de materie (al dan niet) te regelen. De vraag is evenwel of er aanleiding kan zijn om via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in bepaalde (uitzonderings) gevallen een verzekeringsplicht voor de opdrachtgever aan te nemen. Wij bespreken argumenten voor en tegen een bevestigend antwoord op deze vraag. Hoewel per specifiek geval zal moeten worden beoordeeld hoe zwaar de in paragraaf 3 besproken argumenten dienen te wegen, komen wij tot de conclusie dat er uitzonderingsgevallen denkbaar zijn waarin het wenselijk is om de bezorger die werkt op basis van een overeenkomst van opdracht wat betreft de verzekeringsplicht voor verkeersongevallen, gelijk te schakelen met de bezorger die werkt op basis van een arbeidsovereenkomst (par. 4).

2 Route I: arbeidsovereenkomst en verzekeringsplicht ex. art. 7:611 BW

De positie van de bezorger is het sterkst indien sprake is van een arbeidsovereenkomst. Voor werknemers die worden blootgesteld aan de risico's van het gemotoriseerde verkeer wanneer zij zich voor hun werkzaamheden in het verkeer bevinden heeft de Hoge Raad immers op grond van artikel 7:611 BW een verzekeringsplicht voor de werkgever aangenomen.²⁶ Deze plicht geldt voor met het werk verband houdende (eenzijdige) gemotoriseerde verkeersongevallen²⁷ en (eenzijdige) fietsongevallen. De verzekeringsplicht die dan aangenomen wordt strekt ertoe dat de werkgever een verzekering ten behoeve van de werknemer afsluit ter vergoeding van de schade die het gevolg is van zo'n ongeval of hem financieel in staat stelt zelf een verzekering af te sluiten. Indien dat niet is gebeurd, dan is er recht op een schadevergoeding tot het bedrag dat op basis van die verzekering zou zijn uitgekeerd.²⁸ "Met het werk verband houdend" wordt

vrij breed geïnterpreteerd: ook de reis tussen verschillende "arbeidsplaatsen" valt bijvoorbeeld hieronder.²⁹ De verplichting is echter niet onbegrensd. De verzekeringsplicht beperkt zich, grosso modo, tot verkeersongevallen. Zo valt mishandeling door een patiënt op de werkvloer niet binnen de verzekeringsplicht.³⁰ Ook is de plicht niet van toepassing op eenzijdige verkeersongevallen van voetgangers.³¹ Een bezwaar tegen een (uitgebreide) verzekeringsplicht kan zijn gelegen in de mogelijkheid dat een passende verzekering niet beschikbaar is. De beschikbaarheid van een verzekering was voor de Hoge Raad in 2011 één van de redenen om de verzekeringsplicht voor werknemers op grond van artikel 7:611 BW niet verder uit te breiden tot eenzijdige voetgangersongevallen.³² Aan de andere kant blijkt uit onderzoek dat de verzekeringsmogelijkheden zich na 2008 snel hebben aangepast aan de verzekeringsplichtjurisprudentie. Bovendien lijkt de introductie van de verzekeringsplicht geen noemenswaardige negatieve invloed te hebben gehad op het economisch verkeer of de verzekeringsmarkt.³³ De discussie over de beschikbaarheid van een verzekering lijkt dan ook met name weer relevant te kunnen worden in het kader van de hieronder nader te behandelen tweede route.

Gezien het dwingendrechtelijke en beschermende karakter van titel 10 van boek 7 BW, verwondert het niet dat bezorgers pogingen hebben ondernomen om hun overeenkomst met de bezorgdienst als arbeidsovereenkomst te laten kwalificeren.³⁴ Volgens de bezorgbedrijven werkt echter een aanzienlijk deel van de bezorgers niet op basis van een arbeidsovereenkomst, maar op basis van een overeenkomst van opdracht, waarbij een minder beschermend regime van toepassing is.³⁵ Deze stellingname valt deels te verklaren omdat daarmee de (financiële) belasting die de toepasselijkheid van het arbeidsrecht met zich brengt, wordt ontweken.³⁶ Voor de vraag of artikel 7:611 BW en de daaruit

26 HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175 (*Maasman/Akzo Nobel*); HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdalen*); HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129 (*Maatzorg/Van der Graaf*); HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG7775 (*Autoster Bergen/Hendriks*); HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215 (*TNT/Wijenberg*); HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223 (*Rooyse Wissel*); zie voor een gedetailleerd overzicht van relevante jurisprudentie en casuïstiek ook S.P.F. Verheijen, *Werkgeversaansprakelijkheid bij arbeidsgerelateerde ongevallen*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2013.

27 Hieronder vallen ook ongevallen waarbij een werknemer als fietser of voetganger schade lijdt als gevolg van een ongeval met een gemotoriseerd voertuig.

28 Zie o.m. HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7480 (*Gündogdu/Mulder*), r.o. 3.4.2. De omvang van de verplichting moet "van geval tot geval nader vastgesteld [...] worden met inachtneming van alle omstandigheden", waarbij met name wordt gekeken naar de bestaande verzekeringsmogelijkheden en de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent een behoorlijke verzekeringsdekking.

29 HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129 (*Maatzorg/Van der Graaf*).

30 HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223 (*Rooyse Wissel*).

31 HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215 (*TNT/Wijenberg*). Wij komen in paragraaf 3 terug op de kritiek die de Hoge Raad heeft ontvangen toen hij deze plicht introduceerde.

32 HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215 (*TNT/Wijenberg*), r.o. 3.5; HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223 (*Rooyse Wissel*), r.o. 5.4; conclusie A-G Spier ECLI:NL:PHR:2011:BR5223 voor HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223 (*Rooyse Wissel*), sub. 6.30.2.

33 *Aansprakelijkheid van werkgevers: belemmerende factor voor de doorgroei van ondernemingen?* (rapport van 26 februari 2010 aan het Ministerie van Economische Zaken, Directie Ondernemen), Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2010, bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10*, 31311, 50.

34 Artikel 7:610 BW bepaalt dat een arbeidsovereenkomst de overeenkomst is waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.

35 Voor zowel Deliveroo als UberEats zouden ongeveer 2500 bezorgers op basis van een overeenkomst van opdracht bezorgen, zie 'Maaltijdbezorgers financieel uitgeknepen, krijgen veel te weinig loon', *RtLZ.nl* 25 juni 2019. Laatst geraadpleegd op 18 november 2020. Bij PostNL zouden in 2018 iets meer dan een vijfde van ruim 1400 pakketbezorgers op basis van een overeenkomst van opdracht werken, zie 'Je werkt je drie slagen in de ronde en je hebt nog niks: dit gebeurde er bij PostNL', *Bnnvara.nl* 6 juni 2018. Laatst geraadpleegd op 18 november 2020. Hierbij dient te worden aangetekend dat de mogelijkheid bestaat dat de overeenkomst als een arbeidsovereenkomst kwalificeert, ook al is het in de ogen van de bezorgdienst een overeenkomst van opdracht.

36 Zie voor context Conclusie A-G De Bock ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, sub. 3.12.

voortvloeiende verzekeringsplicht van toepassing is, is dus de kwalificatie van de overeenkomst tussen de bezorger en de bezorgdienst van belang.³⁷ Op het gebied van de kwalificatie van (bijzondere) overeenkomsten heeft de Hoge Raad de afgelopen periode twee richtinggevendende arresten gewezen.³⁸ Deze arresten gingen over de kwalificatie van een (vermeende) pachtovereenkomst respectievelijk een arbeids-overeenkomst. In het bijzonder kwam de vraag naar voren of betekenis toekomt aan de partijbedoelingen bij de kwalificatie van een pachtovereenkomst en bij een arbeidsovereenkomst. In die rechtspraak maakt de Hoge Raad een duidelijk onderscheid tussen de uitlegvraag en de kwalificatievraag. Als eerste dient zich (in de ogen van de Hoge Raad) de uitlegvraag aan welke rechten en verplichtingen de partijen overeen zijn gekomen. Deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf.³⁹ Nadat vaststaat tot welke rechten en verplichtingen partijen zich over en weer hebben verbonden, komt de kwalificatievraag aan de orde. De rechter dient dan te beoordelen of de overeenkomst de kenmerken heeft van, in casu, een arbeidsovereenkomst. Voor het beantwoorden van die kwalificatievraag, zo maakt de Hoge Raad duidelijk, is niet van belang wat de bedoeling van de partijen is (geweest). De rechter zal (op objectieve gronden) moeten bekijken of de overeenkomst qua inhoud (d.w.z. de overeengekomen rechten en plichten) valt onder de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst, zoals gegeven in artikel 7:610 BW.⁴⁰ Dat is met name in de context van bezorgdiensten een belangrijk uitgangspunt, omdat er de nodige discrepantie bestaat tussen de bewoordingen van de rechten en plichten op papier en de gangbare praktijken in de bezorgbranche, zoals wij hieronder bespreken.

In de literatuur wordt aangenomen dat de aanwezigheid van een gezagsverhouding veelal het onderscheidende element is tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht.⁴¹ Volgens Heerma van Voss dient om te bepalen of sprake is van een arbeidsrechtelijk relevante gezagsverhouding onder meer te worden gekeken naar de bevoegdheden van de werkgever tot het geven van aanwijzingen, of het werk binnen een organisatorisch verband plaatsvindt, of de verplichtingen een duurzaam of incidenteel karakter hebben, voor wiens risico het werk wordt gedaan en de afdracht van sociale premies en loonbelasting.⁴² In de praktijk is evenwel

de moeilijkheid dat het geen vraag is of er gezag is of niet, maar dat er veeleer sprake is van *gradaties* van gezag.⁴³ Het vinden van geschikte gezichtspunten om te bepalen of er sprake is van gezag is bovendien nog niet zo gemakkelijk omdat, zoals A-G De Bock het verwoordt, “gezag zich op verschillende manier [kan] manifesteren.”⁴⁴ Het gezagscriterium is, mede vanwege de ontwikkeling in de context van zzp'ers, dan ook onderwerp van verdere gedachtevorming.⁴⁵ In haar – zeer uitgebreid gedocumenteerde – conclusie van juli 2020 gaat A-G de Bock uitgebreid in op het gezagscriterium. Belangrijk is dat, zo onderstreept de Bock, de ‘wezen-voorgaat-voor-schijn-doctrine’ in acht wordt genomen.⁴⁶ De Bock pleit in haar conclusie er eveneens voor dat de instructiebevoegdheid minder gewicht toekomt, aangezien gezag zich ook op een andere manier kan manifesteren (bijvoorbeeld via financiële prikkels en klantbeoordelingen).⁴⁷ Belangrijker in haar ogen is de organisatorische inbedding van de taken die worden uitgevoerd; in welke mate maken de activiteiten die de betrokkene verricht onderdeel uit van de bedrijfsvoering? Voorts dient ook minder gewicht toe te komen aan het gegeven dat men zich kan laten vervangen, in die zin dat de mogelijkheid tot vervanging niet aan de conclusie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst in de weg moet staan.⁴⁸ Relevant is, aldus De Bock, in welke mate sprake is van ondernemerschap. Is het meer dan alleen het “weg contracteren van arbeidsrechtelijke bescherming”? Een zwakke onderhandelingspositie aan de zijde over bijvoorbeeld het loontarief is bijvoorbeeld een sterke aanwijzing voor de aanwezigheid van een relevante gezagsverhouding, aldus de Bock. Aangezien de Hoge Raad geen gezichtspunten geeft voor de vaststelling van de aan- of afwezigheid van een gezagsverhoudingen zal de toekomst moeten uitwijzen in welke mate de door de Bock aangedragen inzichten leidend zullen zijn.

In de lagere rechtspraak is verschillend geoordeeld over het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen bezorger en bezorgdienst.⁴⁹ Daarbij komt met name gewicht toe aan de mate van vrijheid bij het verrichten van het werk,

37 Conclusie A-G De Bock ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, sub. sub.9.4.

38 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, NJ 2020/43 (*Inscharing*); HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746.

39 Daarbij tekenen we ook nog aan dat moet niet alleen worden gelet op wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook op de manier waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de overeenkomst. Vgl. HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schoevers*).

40 Daarmee neemt hij afstand van eerdere rechtspraak, zoals neergelegd in HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schoevers*).

41 G.J.J. Heerma van Voss, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeids-overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/20; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Thematia*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 97.

42 G.J.J. Heerma van Voss, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeids-overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/20.

43 Wij laten de vraag of het in dit verband een verschil uitmaakt of de bezorger als eenmanszaak of als B.V. optreedt, buiten beschouwing.

44 Conclusie A-G De Bock ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, sub. 9.15.

45 In het kader van platformwerk is dan ook gepleit voor het vervangen van het gezagscriterium door het criterium van de “economische afhankelijkheid. J.H. Bennaars, ‘Is platformwerk een bedreiging of een kans voor het arbeidsrecht? Het antwoord is ja’, *Arbeidsrecht* 2018/28.

46 Conclusie A-G De Bock ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, sub. 9.73.

47 Conclusie A-G De Bock ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, sub. 9.69 e.v.

48 Dat wordt, aldus De Bock, anders als de werker zélf een onderneming drijft door op structurele basis andere mensen in te huren om zijn werk te verrichten (en in die zin zelf gezag uitoefent).

49 In zaken waar Deliveroo-bezorgers bij betrokken zijn: Rb Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (geen arbeidsovereenkomst); Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (wel een arbeidsovereenkomst), en over pakketbezorgers bij PostNL: Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152 (wel een arbeidsovereenkomst); Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153 (geen arbeidsovereenkomst); Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686 (geen arbeidsovereenkomst); zie ook J. Kloostera, ‘Platformarbeid: bezorger van hoofdbreken’, AA 2019/4, p. 289-292 en P. Kruit & M. Ouweland, ‘Platformarbeid: de ene platformwerk(nem)er is de andere niet’, TRA 2018/58.

de mogelijkheden die de bezorger heeft om de werktijden en beschikbaarheid (daadwerkelijk) vrijelijk te bepalen, de mogelijkheid voor de bezorger om zich te laten vervangen, en het recht om een bestelling te weigeren.⁵⁰ In sommige gevallen heeft de bezorger weliswaar op papier alle vrijheid om invulling te geven aan de eigen werktijden, maar bestaan in de praktijk drempels om die vrijheid daadwerkelijk te gebruiken. Die drempels kunnen bijvoorbeeld voortkomen uit prestatieprikkels (men krijgt extra betaald gedurende de spits en/of bonussen naarmate men sneller de bestelling aflevert) en het belang van de bezorger om zich op bepaalde tijden beschikbaar te stellen om zo voldoende inkomen te genereren.⁵¹ Ook kan worden gedacht aan het gegeven dat de bezorger in de app waarin hij zich uitschrijft voor bepaalde werktijden, de reden voor zijn afwezigheid moet aangeven en die informatie voor de bezorgdienst herleidbaar is tot een individu. De bezorgdienst kan op grond van deze informatie bijvoorbeeld besluiten bepaalde time-slots niet meer open te stellen voor de desbetreffende bezorger, besluiten bepaalde bestellingen niet meer aan deze bezorger toe te kennen of zelfs aangeven de overeenkomst te willen beëindigen.⁵²

Denk voorts aan de situatie waarin de mogelijkheid dat men een vervanger kan inschakelen schriftelijk is opgenomen, maar dit feitelijk (haast) onmogelijk is. Zo kan het tijdsbestek tussen het plaatsen van de bestelling en het accepteren van die bestelling door de bezorger dusdanig kort zijn, dat de bezorger eigenlijk onvoldoende tijd heeft om een vervanger te regelen. In sommige gevallen is bovendien het vroegtijdig regelen van vervanging nadelig voor de ranking van de desbetreffende bezorger in het bonussensysteem. Ook de ruimte die men heeft om te onderhandelen over de beloning kan van belang zijn. Indien deze ruimte beperkt of in het geheel niet aanwezig is, is dit een indicatie van het bestaan van een gezagsverhouding.

Ten slotte kan van belang zijn of de bezorger zijn eigen materiaal aanschaft, en de keuze heeft in welk materieel hij gebruikt, of de bezorgdienst het gebruik van bepaald materiaal voorschrijft en/of het materiaal verschaft. Een kanttekening die bij dit gezichtspunt in het kader van de problematiek van verkeersongevallen moet worden geplaatst, is dat deze omstandigheid niet per se iets zegt over het risico dat degene die het werk verricht loopt en of degene dat risico kan dragen. Zo maakt PostNL een onderscheid tussen werknemers en zzp'ers onder meer op basis van het feit of de bezorger gebruikmaakt van een eigen bestelbus of een PostNL-bus. Dit onderscheid zou uiteindelijk van belang zijn voor de gezagsverhouding tussen de bezorgdienst en de bezorger.⁵³ Onder de fietsbezorgers rijden de werknemers van Thuisbezorgd op een fiets die hen ter beschikking is gesteld, maar de zzp'ers van Deliveroo en Uber Eats rijden op een

eigen fiets.⁵⁴ Waar bij een pakketbezorger nog voorstelbaar is dat degene die een eigen bus heeft kapitaalkrachtiger en zelfstandiger is dan degene in een bedrijfsauto, is het nog maar de vraag of op dat gebied verschil bestaat tussen degene die op een bedrijfsfiets rijdt en degene die een eigen fiets gebruikt.

3 **Route II: aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid bij overeenkomst van opdracht?**

Indien de overeenkomst niet kwalificeert als arbeidsovereenkomst zal (doorgaans) sprake zijn van een overeenkomst van opdracht ex. artikel 7:400 BW. In titel 7 van boek 7 BW is geen regeling getroffen over een eventuele verzekeringsplicht in het kader van de overeenkomst van opdracht. Betekent dit dan dat zodra de overeenkomst niet wordt gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst, het (wat betreft de contractuele aansprakelijkheid op grond van de verzekeringsplicht) einde verhaal is voor de bezorger? Of heeft zij nog een mogelijkheid? De cruciale vraag is of, en zo ja waarom, in die gevallen waarin géén sprake is van een arbeidsovereenkomst (of: ondanks het gegeven dat de overeenkomst niet kwalificeert als arbeidsovereenkomst) via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ex. artikel 6:248 BW alsnog een verzekeringsplicht in de overeenkomst van opdracht kan (en: moet) worden aangenomen.⁵⁵ In de (eerste- en tweedelijns) rechtspraak wordt verschillende gedacht over het antwoord op deze vraag. Zo acht het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden *onder bepaalde omstandigheden* het bestaan van een verzekeringsplicht voor de opdrachtgever op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid onder bepaalde omstandigheden niet uitgesloten. Voor deze aanvullende werking zou met name ruimte zijn indien de opdrachtnemer zich in een vergelijkbare positie bevindt als een werknemer. De verzekeringsplicht zou volgens het Hof dan "vergelijkbaar" zijn met de verzekeringsplicht die de werkgever op grond van artikel 7:611 BW tegenover de werknemer heeft.⁵⁶ Eerder kwam de rechtbank Midden-Nederland in deze procedure tot een tegenovergesteld antwoord, en oordeelde dat "in beginsel" geen sprake is van een contractuele verzekeringsplicht tussen opdrachtgever en -nemer.⁵⁷

Voorop staat dat het partijen vrijstaat om contractuele voorzieningen te treffen over aansprakelijkheid bij ongevallen. Indien dat is gebeurd, hetgeen door uitleg van de

50 Bijv. Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183; Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198.

51 Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, r.o. 33-34.

52 Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, r.o. 34-35.

53 Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152; Rb. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153; Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686.

54 Zie Thuisbezorgd.nl, Deliveroo.nl en Uber.com.

55 Met andere woorden: een analoge toepassing van art. 7:611 BW en de onder dat artikel ontwikkelde verzekeringsplicht zou via de band van art. 6:248 BW moeten lopen. In de feitenrechtspraak wordt dit dogmatische onderscheid (nog) niet expliciet gemaakt. Met die kanttekening zullen we hieronder inzoomen op de omstandigheden die in de ogen van de (feiten)rechters relevant zijn voor de beoordeling van de vraag of de verzekeringsplicht van art. 7:611 analoog dient te worden toegepast op de relatie opdrachtgever – opdrachtnemer.

56 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2019, ECLI:NL:GHAR:2019:10566, r.o. 5.2.

57 Rb. Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6028, r.o. 4.7-4.9.

overeenkomst moet worden vastgesteld, dan is daarmee in principe de kous af. Daarbij tekenen wij echter nog wel aan dat deze contractsvrijheid problematisch kan zijn indien géén sprake is van een evenwichtige onderhandelingspositie tussen de opdrachtnemer en de opdrachtgever. De opdrachtnemer is dan afhankelijk van de bereidheid van de opdrachtgever om inschikkelijk te zijn. In dat geval kan de conclusie gerechtvaardigd zijn dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Een ontsnapingsmogelijkheid kan in dat geval mogelijk ook worden gevonden in de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (of in sommige gevallen wellicht ook artikel 6:238 BW) voor het geval de bezorgdienst zich beroept op een exoneratiebeding waarin zijn schadeplichtigheid, en/of plichten op het gebied van verzekeringen, voor dergelijke gevallen worden uitgesloten.⁵⁸

Belangrijker, en waarschijnlijk ook relevanter, is de situatie waarin partijen in hun overeenkomst géén voorziening voor de materie hebben getroffen.⁵⁹ In dat geval komt de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in beeld. Dat is in het bijzonder het geval indien een voorziening “niettemin moet worden getroffen omdat de overeenkomst geen behoorlijke oplossing geeft voor hetgeen partijen met haar beoogden te bereiken.”⁶⁰ Of zulks het geval is hangt onder meer af van de aard, het doel en de strekking van de overeenkomst van opdracht in kwestie. Met name wanneer het inherent is aan de overeenkomst van opdracht dat men zich ter uitvoering van die opdracht in het verkeer moet begeven, en aldus verkeersrisico's loopt, lijkt het op het eerste gezicht niet heel moeilijk (en ook niet bezwaarlijk) om deze drempel te nemen.

De achterliggende (en gewichtigere) vraag is natuurlijk of in die gevallen waarin géén sprake is van een arbeidsovereenkomst, via de band van artikel 6:248 BW de overeenkomst van opdracht toch gedeeltelijk een arbeidsrechtelijke tint kan en moet worden gegeven door een verzekeringsplicht aan te nemen. In essentie wordt dan de arbeidsrechtelijke uitwerking van de redelijkheid en billijkheid van art. 7:611 BW vertaald naar situaties waarin sprake is van een overeenkomst van opdracht. Bij beantwoording van die vraag dient voorop te worden gesteld dat een zzp'er er zelf voor kan kiezen om al dan niet een verzekering af te sluiten. De kosten die gepaard gaan met die keuze kan hij vervolgens verdisconteren in de prijsafsprake met de opdrachtgever. Indien er in de praktijk daadwerkelijk in voldoende mate sprake is van een evenwichtige machtsverhouding tussen de zzp'er en de opdrachtgever is dit een reden om géén verzekeringsplicht aan te nemen. Er zijn evenwel gevallen, in het bijzonder in de context van bezorgdiensten, waarin het nog maar de de vraag in welke mate die vrijheid

daadwerkelijk aanwezig is. Met andere woorden, de op papier bestaande keuzevrijheid wordt in de praktijk niet weggenomen door een onevenwichtige machtsverhouding. Met name ten aanzien van de gevallen waarin geen sprake is van een arbeidsovereenkomst maar wel ongelijkheden in de onderhandelingspositie zich voordoen rijst de vervolgvraag of, en zo ja wanneer er toch reden kan zijn om een verzekeringsplicht aan te nemen.

Onzes inziens kan men de mogelijkheid van een verzekeringsplicht die wordt aangenomen in uitzonderingssituaties niet op voorhand uitsluiten. Als eerste valt een link te leggen met artikel 7:658 lid 4 BW, waarin de werkgevers-aansprakelijkheidsregeling van artikel 7:658 lid 2 BW wordt uitgebreid tot niet-ondergeschikten. Ook zzp'ers lijken onder deze regeling te vallen. De verzekeringsplicht van artikel 7:611 BW is evenwel aangenomen voor die gevallen waarin artikel 7:658 BW niet van toepassing is, maar waarin wel een dusdanig verband tussen het ongeval en de werkzaamheden bestond dat de Hoge Raad het nodig achtte om over te gaan tot bescherming via de band van artikel 7:611 BW. In die zin wordt de onder artikel 7:611 BW aangenomen verzekeringsplicht als een bepaling in het verlengde gezien van artikel 7:658 BW. Hoewel art. 7:658 lid 4 BW niet ziet op de toepasselijkheid van artikel 7:611 BW, kan dat een relevante overweging zijn om via de band van de redelijkheid en billijkheid tot een soortgelijke bescherming over te gaan. Voorts zijn er onzes inziens situaties denkbaar waarin weliswaar te weinig omstandigheden voorhanden zijn om te concluderen dat een arbeidsrechtelijke relevante gezagsverhouding aanwezig is (en er dus géén sprake is van een arbeidsovereenkomst) maar waarbij men vanwege de aanwezigheid van bepaalde gezagselementen toch tot een op het arbeidsrecht geïnspireerde bescherming van de bezorger over wil gaan. De beschermingsgedachte die aan titel 10 van boek 7 BW ten grondslag ligt, kan zich immers ook aandienen in die gevallen waarin de mate van gezag enerzijds niet sterk genoeg is om de overeenkomst als arbeidsovereenkomst te kwalificeren, maar anderzijds er toch aanleiding kan zijn om rekenschap te geven van de mate van gezag die wél aanwezig is.⁶¹ Denk aan het geval waarin louter (een relevante mate van) gezag bestaat over de manier waarop een bezorger zich in het verkeer dient te begeven. Men kan zich de situatie voorstellen waarin de bezorger veel vrijheid heeft om zelf de eigen werktijden in te vullen en voldoende ruimte heeft tot het regelen van vervanging, maar waarin door de opdrachtgever wel wordt voorgeschreven welk vervoersmiddel moet worden gebruikt (bijv. een elektronische fiets) of de keuze voor een vervoersmiddel voortvloeit uit afspraken over de 'snelheid' van bezorging nadat de bestelling is geplaatst.⁶² De zzp'er zou dan wat betreft het te

58 Hiermee betreden we ook de discussie of het grijze-lijst-beding van art. 6:237 onder f BW zou moeten doorwerken jegens zzp'ers. Dat zou via de zogeheten reflexwerking van die lijsten kunnen, hoewel die maar erg mondjesmaat wordt toegepast. Ook komt hier de (thematiek van de) oratie van Schelhaas in beeld. H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten - consistentere differentiëren?* (oratie EUR), Den Haag: Boom Juridisch 2018.

59 Hetgeen ook via uitleg dient te worden vastgesteld.

60 Aldus Sieburgh/Hartkamp, nr. 403 *et. seq.*

61 Relevant in dit verband is ook dat de Hoge Raad de introductie van verzekeringsplicht op grond van art. 7:611 rechtvaardigde in het bestaan van een gevaarlijke verkeerssituatie en de kwetsbaarheid van mensen in het verkeer, en niet in het bestaan van een arbeidsovereenkomst, en een gezagsverhouding, in het algemeen. Vandaar ook de begrenzing in arresten als *TNT Post/Weijnenberg*.

62 Zie ook Rb. Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6028, r.o. 4.7-4.9.

gebruiken vervoersmiddel en het gebruik daarvan in dezelfde positie verkeren als een werknemer van het bedrijf,⁶³ en juist dat gegeven kan relevant zijn in de context van verkeersongevallen.

Bovendien dient men bij dit alles ook oog te hebben voor de veranderende maatschappelijke omstandigheden en opvattingen. De traditionele benadering waarbij de arbeidsovereenkomst als voorwaarde, of in ieder geval als uitgangspunt, wordt gezien voor privaat- en publiekrechtelijke bescherming aan de zwakkere (contracts)partij, lijkt niet meer geheel aan te sluiten bij de praktijk, waarin zzp'ers steeds meer taken uitvoeren die oorspronkelijk door werknemers werden uitgevoerd.⁶⁴ Tegelijkertijd ziet men ook dat sommige zzp'ers, zoals bezorgers, een kwetsbare groep vormen en qua positie in vergaande mate te vergelijken zijn met werknemers. Complementair daaraan onderscheidt de wetgever zzp'ers aan de bovenkant van de arbeidsmarkt, die juist een hoog tarief hanteren in combinatie met een overeenkomst van korte duur of het niet verrichten van reguliere activiteiten.⁶⁵ Voor zelfstandigen en 'echte' zzp'ers, die daadwerkelijk zelfstandig zijn, zou gezegd kunnen worden dat zij zelf moeten kunnen beslissen over of zij verzekerd zijn, en dat zij dermate zelfstandig zijn dat het risico bij henzelf zou moeten liggen. Onder zelfstandigen en daadwerkelijke zzp'ers zouden degenen kunnen worden verstaan die over het algemeen slechts incidentele relaties met opdrachtgevers hebben, en niet een constante stroom aan opdrachten van dezelfde opdrachtgever, zoals bij maaltijd- of pakketbezorgers. Zij plukken immers ook de vruchten van hun zelfstandigheid, bijvoorbeeld in de keuze om hun tarieven te wijzigen, en zijn op diverse punten te onderscheiden van een werknemer. Het kan dan ook als redelijk en billijk gezien worden om hen voor eventuele verzekerings- en schaderisico's zelf te laten opdraaien. Zzp'ers aan de onderkant van de arbeidsmarkt en 'afhankelijke' zzp'ers, die bijvoorbeeld niet zelf hun tarieven kunnen wijzigen, zitten echter in een heel andere situatie. Zij zijn vaak afhankelijk van een specifieke opdrachtgever voor hun inkomen, dat gemiddeld veel lager ligt dan dat van 'echte' zzp'ers. Zij ervaren dus wel de lasten, maar niet of nauwelijks de lusten die gepaard gaan met een carrière als zelfstandige. Praktisch gezien zijn zij weinig zelfstandiger dan werknemers. Juist bij deze groep kan behoefte aan bescherming bestaan.⁶⁶ Uit recent onderzoek, zoals ook al aangehaald in de inleiding van deze bijdrage, van de Inspectie Sociale Zaken en

Werkgelegenheid blijkt dat bij 76 van de 107 gecontroleerde bedrijven die aan maaltijdbezorging deden, sprake was van overtredingen. Een groot deel hiervan betrof overtredingen van de Arbeidstijdenwet, hetgeen de indruk kan wekken dat er (inderdaad) druk staat op het moment en snelheid van bezorgingen. Zo stipte de Inspectie ook aan dat specifiek bij maaltijdbezorgingsdiensten sprake was van "werken onder tijdsdruk (stress) en onveiligheid".⁶⁷ Het lijkt er dus op dat bij maaltijdbezorging niet alleen sprake is van de 'gewone' ernstige risico's van het gemotoriseerd verkeer, maar ook van extra risico's die direct verband houden met de aard van het werk, hetgeen in het kader van artikel 7:611 BW een belangrijke reden is geweest om een verzekeringsplicht aan te nemen. Het afwijzen van een verzekeringsplicht kan bovendien als onwenselijk gevolg hebben dat bedrijven arbeidsovereenkomsten (pogen te) vervangen door overeenkomsten van opdracht, om arbeidsrechtelijke verplichtingen te ontlopen. In die gevallen kan er juist aanleiding bestaan voor aanvullende bescherming, mede om een 'race to the bottom' te voorkomen (die bescherming kan uiteraard ook worden geboden door de overeenkomst sneller als arbeidsovereenkomst te kwalificeren).⁶⁸

Idealiter geeft de wetgever vorm aan de hiervoor bedoelde aanvullende bescherming. Het is evenwel, gezien de ontwikkelingen die zijn besproken in paragraaf 1.2, niet ondenkbaar dat de rechter een knoop moet doorhakken. Een bezwaar tegen het aannemen van een verzekeringsplicht door de civiele rechter via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, is gelegen in de generieke aard van de verzekeringsplicht. De Hoge Raad is (stevig) bekritiseerd voor zijn jurisprudentie waarin hij de verzekeringsplicht onder art. 7:611 BW accepteerde en vormgaf. De kritiek luidde onder meer dat die plicht een te brede reikwijdte heeft, de Hoge Raad geen zicht had op die reikwijdte en daardoor afbakeningsperikelen naar voren kwamen, de Hoge Raad mede gezien het casuïstische karakter van zijn rechtspraak geen adequate controle had over de afbakening en vormgeving van deze (generieke) verzekeringsplicht, en het gezien die brede en moeilijk te voorziene reikwijdte uiteindelijk niet aan de rechter was om een dergelijke plicht te introduceren. Tekenend is dat A-G Spier bij herhaling heeft aangegeven dat de Hoge Raad steeds verder wegzong in het 'moeras' van de verzekeringsplicht.⁶⁹ Uiteindelijk zag de Hoge Raad zich dan ook genooddaakt om een (in de ogen van sommigen arbitraire) grens te trekken. Hieruit kan men mogelijkterwijs de les trekken dat rechters in het kader van de overeenkomst van opdracht weg moeten blijven van deze materie. Onzes inziens speelt dit bezwaar in mindere mate in het geval van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij de overeenkomst van opdracht. Zo geldt dat deze aanvullende werking per individueel geval

63 Rb. Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6028, r.o. 4.8.

64 K. Frenken, A.H.M. van Waes, M. Smink en Q.C. van Est, *Eerlijk delen – Waarborgen van publieke belangen in de deeleconomie en de kluseconomie* (rapport Rathenau Instituut), bijlage bij *Kamerstukken II 2017/18*, 38, 3, p. 31. Zie uitgebreid hierover ook conclusie Conclusie A-G De Bock ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746.

65 *Kamerstukken II 2017/18*, 31311, 207. Een vergelijkbaar onderscheid maken Van Slooten en Westerveld met hun verschillende soorten "werknemerachtigen". J.M. van Slooten & M. Westerveld, 'De werknemerachtige in het sociaal recht: conclusie', in: J.H. Bennaars, J.M. van Slooten, E. Verhulp & M. Westerveld, *De werknemerachtige in het sociaal recht – een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 214.

66 *Kamerstukken II 2017/18*, 31311, 207.

67 *Kamerstukken II 2019/20*, 25883, 375.

68 Zie over deze thematiek Conclusie A-G De Bock ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746.

69 Conclusie A-G Spier ECLI:NL:PHR:2012:BV1295 voor HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1295; conclusie A-G Spier ECLI:NL:PHR:2012:BX7591 voor HR 19 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7591.

dient te worden vastgesteld en bovendien alleen, wat ons betreft, in uitzonderingsgevallen kan worden gebruikt. Uiteraard kan men hier tegenin brengen dat (juist) ook in individuele gevallen 'precedenten' worden geschapen, en dergelijke uitspraken dus wel degelijk een bredere betekenis kunnen hebben. De rechtspraak over de verzekeringsplicht is illustratief. Men dient zich echter te realiseren dat, en op dit punt onderscheidt artikel 6:248 lid 1 BW zich van artikel 7:611 BW, de aanvullende werking van artikel 6:248 lid 1 BW uitsluitend kan worden ingezet als de overeenkomst niet voorziet in de materie of als een leemte moet worden gevuld nadat een bepaling over de boeg van artikel 6:248 lid 2 BW (de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid) is gesneuveld (waarvoor overigens en hoge drempel bestaat). Het blijft, met andere woorden, bezorgers en bezorgdiensten in beginsel vrijstaan om de materie zelf te regelen. Daarbij zouden zij zich zelfs kunnen laten informeren door reeds door de rechter getroffen voorzieningen: zij kunnen beslissen die voorziening (deels) ook in hun overeenkomst op te nemen of zelf een andere voorziening treffen. De vraag is echter wel hoe reëel dit is en in welke mate de bezorger voldoende onderhandelingskracht heeft of dat hij/zij in veel gevallen tekent bij het kruisje. Als dat het geval is, komt route I, d.w.z. kwalificatie van de overeenkomst als arbeidsovereenkomst, overigens ook weer in beeld.

4 Conclusie

Terug naar Anna. Mocht haar overeenkomst kwalificeren als arbeidsovereenkomst, dan is zij in principe beschermd en heeft zij een goede kans om haar schade vergoed te krijgen. Het is echter nog maar de vraag of haar die bescherming ook toekomt wanneer de overeenkomst wordt gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht. Het uitgangspunt is dat onder de overeenkomst van opdracht de vrijheid bestaat om al dan niet een verzekering af te sluiten en om daarover te onderhandelen met de opdrachtgever. Het is met andere woorden in beginsel aan Anna om voor aanvullende bescherming te zorgen. Toch kunnen wij ons uitzonderingssituaties voorstellen waarin er aanleiding is om Anna, en bezorgers die zich in een soortgelijke positie bevinden, via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een op het arbeidsrecht geïnspireerde bescherming te bieden.

Denk hierbij aan de situatie waarin sprake is van een onevenwichtige machtsverhouding en waarin zzp'ers zich qua afhankelijkheid en kwetsbaarheid deels in een soortgelijke positie kunnen bevinden als de werknemer zodat hen ook deels dezelfde bescherming als de werknemer dient toe te komen. Voor opdrachtgevers (lees in casu: bezorgdiensten) moet het naar onze mening ook niet te gemakkelijk worden om via de overeenkomst van opdracht de achterliggende gedachte van het arbeidsrecht, zoals het beschermen van zwakkere partijen, opzij te schuiven. Daar tegenover staat dat partijen het uiteindelijk vrijstaat om de materie zelf te regelen. Of dat iets positiefs is, valt overigens nog te bezien. Dat de mogelijkheid bestaat dat verzekeringsplichten

worden uitgesloten in de overeenkomst van opdracht doet zelfs de vraag rijzen of het civiele recht uiteindelijk *niet te weinig* bescherming biedt en leidt tot een onwenselijke rechtsongelijkheid tussen bezorgers die zich wat betreft hun werkzaamheden waarvoor zij zich in het verkeer moeten begeven feitelijk in een gelijke positie bevinden als werknemers, maar juridisch verschillend worden behandeld. Dat is niet erg indien de opdrachtnemers (lees: bezorgers) daadwerkelijk de slagkracht en organisatie hebben om op gelijke voet te onderhandelen met de opdrachtgevers (lees: bezorgdiensten), maar wij vragen ons af of dit het geval is. Het is tenslotte de vraag in hoeverre de rechter op dit punt duidelijkheid dient te verschaffen. De rechter kan weliswaar maatwerk en bescherming bieden in individuele gevallen, maar het lijkt de taak van de rechter te buiten gaan om deze mogelijke rechtsongelijkheid in meer algemene zin weg te nemen.