

TRA 2024/6

Hof Amsterdam 3 oktober 2023, 200.300.335/01
m.nt. mr. dr. N. Hummel¹

Art. 7:610 BW; art. 3 Wet AVV

RAR 2023/157

V-N Vandaag 2023/2326

V-N 2023/52.4

ECLI:NL:GHAMS:2022:2080

ECLI:NL:GHAMS:2022:855

ECLI:NL:GHAMS:2023:2220

De rol van 'extern ondernemerschap' bij kwalificatie.

Feiten

Uber onderhoudt een digitaal platform (de 'Uberapp') waarmee wordt bemiddeld rond taxivervoer. Om toegang te krijgen tot het platform moeten chauffeurs als 'Uber-partner' akkoord gaan met de door Uber gestelde voorwaarden. Dat doen zij, aldus de voorwaarden, als 'zelfstandig ondernemer, niet als onze medewerker'. De FNV meent dat partijen slechts op papier zijn overeengekomen dat de chauffeurs als zelfstandig ondernemer werkzaam zijn. Dit impliceert dat Uber de CAO Taxivervoer (hierna: cao) voor de perioden dat deze algemeen verbindend verklaard is (geweest), moet naleven jegens alle chauffeurs die middels de app voor Uber rijden.

Oordeel kantonrechter en gerechtshof Amsterdam

De kantonrechter heeft geoordeeld dat sprake is van een arbeidsovereenkomst en Uber veroordeeld de cao na te leven voor de perioden dat deze algemeen verbindend is verklaard. (Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029) De tenuitvoerlegging van dit vonnis is in afwachting van het eindoordeel in hoger beroep geschorst (Hof Amsterdam 19 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2080).

In hoger beroep voeren Uber en een zestal chauffeurs – als gevoegde partij (Hof Amsterdam 22 maart 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:855) – onder meer aan dat de kantonrechter in het kader van de kwalificatievraag ten onrechte niet de individuele omstandigheden heeft meegewogen. Het gerechtshof loopt de *Deliveroo*-gezichtsputen na (HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, r.o. 3.2.5). Toepassing daarvan wijst in beginsel in de richting van een arbeidsovereenkomst. Duidelijk is echter voor het hof dat in ieder geval een deel van de chauffeurs 'echte' on-

dernemer is. Volgens het hof kan dit ondernemerschap de balans wellicht doen omslaan.

Om duidelijkheid te krijgen over het ondernemerschapscriterium, is het hof voornemens om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Ook is het hof voornemens om de vraag te stellen of een algemeen oordeel over de kwalificatie van de arbeidsrelatie van een groep werkers, allen werkzaam bij dezelfde opdrachtgever/werkgever, kan plaatsvinden in het kader van een vordering als bedoeld in art. 3 lid 2 Wet AVV of, slechts in het kader van een procedure als bedoeld in art. 3:305a BW, gelet op de procedurele waarborgen die daarvoor gelden.

Commentaar

1. In het *Deliveroo*-arrest heeft de Hoge Raad het doorhakken van de kwalificatieknoop uitdrukkelijk overgelaten aan de wetgever. De onderhavige uitspraak onderstreept de behoefte aan een duidelijk juridisch kader. Het hof worstelt met het begrip 'ondernemerschap'. Uit onderzoek maakt het op dat een substantieel deel van de Uber-chauffeurs niet alleen voor Uber rijdt maar ook elders (taxi)werkzaamheden verricht (r.o. 5.5.7). Kan het hof dan alle Uber-chauffeurs over één kam scheren? En is art. 3 lid 2 Wet AVV de geëigende weg om een algemeen oordeel te vellen over de rechtsverhouding tussen de chauffeurs en Uber?

2. De onduidelijkheid over de rol van ondernemerschap bij de kwalificatie komt voort uit overweging 3.2.5 van het *Deliveroo*-arrest, waarin de Hoge Raad in de eerste volzin vooropstelt dat het afhangt van alle omstandigheden van het geval in onderling verband bezien, of een overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst. In de tweede volzin formuleert de Hoge Raad (volgens de nummering van het hof) acht gezichtspunten, waaronder (viii) de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt. In de derde volzin voegt de Hoge Raad daaraan toe dat (ix) ook van belang kan 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'. Dit laatste gezichtspunt (ix), door het hof geduid als 'extern ondernemerschap', is een vreemde eend in de bijt. In het *Deliveroo*-arrest heeft de Hoge Raad herhaald dat, als de overeengekomen rechten en verplichtingen, zoals vastgesteld door uitleg aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf (de 'uitlegfase'), voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst als zodanig moet worden aangemerkt (de 'kwalificatiefase') (r.o. 3.2.4; zie ook HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746). Het externe ondernemerschap speelt zich nu juist af *buiten* de

¹ Mr. dr. N. (Nataschja) Hummel is als universitair docent verbonden aan de Universiteit Utrecht.

rechtsverhouding tussen Uber en de chauffeurs, zodat het toch wel enigszins curieus is dat dit op de rechtsverhouding van invloed zou kunnen zijn.

3. Sommige auteurs zien slechts een rol voor het externe ondernemerschap – over de band van maatschappelijk positie – weggelegd bij de uitleg van de overeengekomen rechten en verplichtingen (o.a. N.M.Q. van der Neut, ‘De Hoge Raad “delivers”’: een nieuw kwalificatiehoofdstuk’, *AR* 2023/29; E.F. Grosheide, *JAR* 2023/107; N. Jansen & N.M.Q. van der Neut, *JAR* 2023/268). De uitlegen en kwalificatiefase vloeien in zekere mate in elkaar over: alleen met een kwalificatiebril kan door verhullende contractsbepalingen heen worden gekeken (vgl. E. Verhulp, *NJ* 2021/116, par. 4; zie ook A.R. Houweling, ‘Kwalificeren na Deliveroo’, *ArA* 2023, 20, 2; B. Barentsen & S. Sagel, ‘Kroniek van het sociaal recht’, *NJB* 2023/2446). Bovendien raakt extern ondernemerschap aan de vraag of ‘in dienst van de andere partij’ wordt gewerkt. ‘Een werknemer kan niet tevens ondernemer zijn’, aldus A-G De Bock in haar conclusie voor het *Deliveroo*-arrest (17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578, randnr. 8.15 en 15.28). Naar de huidige stand van zaken ligt het in de rede dat ook extern ondernemerschap bij de ‘holistische’ afweging op basis van de *Deliveroo*-gezichts punten gewicht in de schaal legt. Dat zou betekenen dat precies dezelfde werkzaamheden in het ene geval worden verricht op basis van een arbeidsovereenkomst, en in het andere geval niet. Het probleem daarvan, zoals verondersteld door het hof, schuilt niet zo zeer in het feit dat deze ‘zij-aan-zij-zzp’ers’ tariefafspraken mogen maken. De ACM beschouwt hen nog steeds als ‘echte’ zzp’ers (Leidraad Tariefafspraken zzp’ers 2023, p. 3). Problematisch is vooral, in de woorden van Van Slooten, dat een werkverschaffer niet altijd weet of iemand ondernemer is (geworden), zodat het (her)kwalificatierisico moeilijk valt in te schatten (J. van Slooten, *OR* 2023/50).

4. Drie dagen na de onderhavige uitspraak, op 6 oktober 2023, is de Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden ter internetconsultatie gegaan. Het conceptwetsvoorstel voorziet onder meer in een invulling van het criterium ‘in dienst van’ van art. 7:610 lid 1 BW, waarbij de hoofdelementen (a) werkinhoudelijke aansturing, (b) inbedding in de organisatie en (c) werken voor eigen rekening en risico tegenover elkaar worden afgewogen. Intern ondernemerschap vormt dus een contra-indicatie voor werknemerschap. Alleen indien de a-, b- en c-indicaties elkaar in evenwicht houden, is er ruimte om het ‘ondernemerschap van een persoon’ mee te wegen (c+-indicatie). Met dit laatste komt het kabinet ietwat tegemoet aan de maatschappelijke wens om extern ondernemerschap een rol te geven bij de kwalificatie (MvT, par. 3.3.5). Het kabinet neemt mijns inziens terecht het contract, en niet de persoon van de werkende, als startpunt van de kwalificatievraag (MvT, p. 43-45): ‘Ook als een werkende doorgaans als ondernemer zelfstandig het werk verricht, kan hij in een bepaalde arbeidsrelatie

toch werken op basis van een arbeidsovereenkomst.’ Of de Hoge Raad zich hierop kan verlaten bij de beantwoording van de prejudiciële vragen, waarover partijen zich overigens nog mogen uitlaten (art. 392 lid 2 Rv), is maar de vraag. Na sluiting van de internetconsultatie lagen er 1111 – hoofdzakelijk kritische – reacties én het advies van het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) om het wetsvoorstel niet in te dienen, omdat dit ‘naar verwachting niet voor meer duidelijkheid en rechtszekerheid gaat zorgen’ (zie www.atr-regeldruk.nl/voorstel-kabinet-dringt-schijnzelfstandigheid-niet-terug/).

5. Het tweede deel van de prejudiciële vragen gaat over art. 3 lid 2 Wet AVV als grondslag van de vordering van de FNV. Uber meent dat FNV haar vordering in het kader van de collectieve actie van art. 3:305a BW had moeten instellen, zoals bijvoorbeeld het geval was in de *Deliveroo*-zaak. Het hof constateert dat die collectieve actieprocedure, in tegenstelling tot art. 3 lid 2 Wet AVV, voorziet in een procedure waarborg om onderscheid aan te brengen in de Uber-chauffeurs. Sinds de inwerkingtreding van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (Wamca) per 1 januari 2020 kan een belanghebbende zich via een *opt out* verklaring onttrekken aan de collectieve belangenbehartiging (art. 1018f lid 1 Rv). De uitspraak in de collectieve actieprocedure is, anders dan voorheen, verbindend voor alle belanghebbenden die geen gebruik hebben gemaakt van de *opt out* mogelijkheid. Voorwaarde voor ontvankelijkheid is dat sprake is van ‘gelijksoortige belangen’ die zich lenen voor bundeling (HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756; Concl. A-G De Bock, randnr. 11.30-11.34). Of daar in het geval van de Uber-chauffeurs aan wordt voldaan, valt of staat met het oordeel over de betekenis van het ondernemerschap-criterium (vgl. C. van den & D.M.A. Bij de Vaate, ‘Collectief procederen door de vakbond’, *TRA* 2020/12, par. 3). Voorts kan het aantal *opt out* verklaringen te groot zijn om de collectieve actie voort te zetten (art. 1018f lid 1 Rv), zoals in de *Temper*-zaak (‘afgerond een kleine kwart’) (Rb. Amsterdam 11 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6389). Ik vraag me af of dat in dit soort zaken eigenlijk wel wenselijk is. Zoals het hof terecht opmerkt, staan de toepasselijkheid van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, en de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst niet ter vrije bepaling van partijen (r.o. 5.8.4). Het gaat immers om dwingend recht. Art. 3 lid 2 Wet AVV kent dan ook geen *opt out* mogelijkheid. Mede met het oog hierop wordt de *Temper*-zaak vanwege het ideële belang van een rechtvaardige arbeidsmarkt (zie ook art. 3:305a lid 6 BW) alsnog voortgezet ten aanzien van de vraag of de *Temper*-werkers als uitzendkracht of werknemer kwalificeren.

6. Een vakbond die partij is bij de cao, kan op grond van art. 3 lid 2 Wet AVV nakoming vorderen van die cao door een ongeorganiseerde werkgever. Dit zelfstandige vorderingsrecht is niet afhankelijk van instemming van de betrokken werknemers, zo blijkt uit het *Nepluvi*-arrest

(HR 19 maart 2021, TRA 2021/58 (*Nepluvi*), m.nt. M.D. Ruizeveld, r.o. 3.3.2). Het is duidelijk dat Uber, als onderneming die tegen betaling vervoer van personen verricht, valt onder de werkingssfeer van de cao. Tevergeefs heeft het platform zich verzet tegen een nieuwe algemeenverbindendverklaring van de cao (Rb. Den Haag 17 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:7111; zie ook gerechtshof Den Haag 13 december 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2457). De prejudiciële vraag is nu juist of het hof in het kader van de vordering op grond van art. 3 lid 2 Wet AVV ook een algemeen oordeel over de kwalificatie van de arbeidsrelatie van een groep werkers kan geven. Een vernuftig alternatief, zoals geopperd door Jansen en Van der Neut, is om de vordering eenvoudigweg af te doen door in het dictum tot uitdrukking te brengen dat de verplichting tot naleving van de cao alleen geldt jegens werknemers die daarop aanspraak *kunnen* maken (N. Jansen & N.M.Q. van der Neut, *JAR* 2023/268; zie ook *Nepluvi*, r.o. 3.3.3-3.3.9; HR van 19 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2532). Dat is, gelet op het hogere doel van een algemeenverbindendverklaring, weinig bevredigend. De bevoegdheid van werknemersverenigingen om zelf nakoming te vorderen van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen wordt danig beperkt indien de rechter niet bereid is te onderzoeken of ten aanzien van *alle* Uber-chauffeurs sprake is van een 'beding tusschen den werkgever en den werknemer' (art. 3 lid 1 Wet AVV). Dat het hof daarbij op problemen stuit, lijkt mij geen reden om de FNV dan maar te dirigeren naar de collectieve actieprocedure – en de naleving van een algemeen verbindend verklaarde cao via een *opt out* afhankelijk te maken van de wil van de Uber-chauffeurs (vgl. *Nepluvi*, r.o. 3.3.7).

Mr. dr. N. Hummel

Medezeggenschapsrecht

TRA 2024/7

Hof Amsterdam 4 oktober 2023, 200.330.623/01OK
m.nt. mr. L.C.J. Sprengers

Art. 2:161 lid 2 BW; art. 30 WOR

ECLI:NL:GHAMS:2023:2235

Verzoek van ondernemingsraad tot ontslag twee commissarissen van structuurvennootschap afgewezen door Ondernemingskamer.

Feiten

De onderneming, een NV die het volledig structuurregime toepast, kent een eenhoofdig statutair bestuur. De bestuurder (C) is bijna 40 jaar in dienst en bekleedt de func-

tie van bestuurder ongeveer 23 jaar. In september 2024 zou hij met pensioen gaan.

De RvC heeft klachten over het functioneren van de bestuurder. Hij zou onvoldoende grip hebben op de cijfers omdat afgelopen jaren geprognoseerde winsten aanzienlijk afwijken van de gerealiseerde jaarwinsten en de communicatie hierover met de RvC onvoldoende was. In 2022 was de begrote winst € 4.655.000. Naar aanleiding van vragen over de rapportage over het derde kwartaal 2022 door de RvC is door C het verwachte nettoresultaat bijgesteld naar € 3.525.000. In april 2023 bleek het nettoresultaat slechts € 117.000 te zijn. Dit werd veroorzaakt door een voorziening van € 3.000.000 mede als gevolg van een personeelsuitkering van 10%.

Op 30 mei 2023 heeft de RvC aan de op grond van artikel 30 WOR advies gevraagd over het voorgenomen besluit tot ontslag van de bestuurder. De OR wordt gevraagd om op 6 juni advies uit te brengen welke termijn op verzoek van de OR op 13 juni 2023 is verlengd. Op 6 juni heeft de OR overleg met de bestuurder en de financieel directeur die zich op het standpunt stellen dat de onderbouwing van de RvC aantoonbaar onjuist is. Op 7 juni 2023 in de avond is er door de OR een tiental schriftelijke vragen aan de RvC gezonden. Op 8 juni 2023 in de ochtend vindt een vergadering plaats tussen de voorzitter van de RvC en enkele OR-leden. Tijdens die vergadering kon de voorzitter niet alle vragen direct beantwoorden en evenmin concreet een termijn aangeven waarop dat wel zou lukken. Daarop heeft de OR op 8 juni 2023 een negatief advies uitgebracht met het voorstel om het voorgenomen besluit te heroverwegen en alternatieve oplossingen te onderzoeken. Op 30 juni 2023 heeft de RvC het besluit genomen tot ontslag van de bestuurder en tot benoeming van een interim-bestuurder. Over de benoeming van de interim-bestuurder is niet voorafgaand advies aan de OR gevraagd.

De OR start vervolgens een procedure bij de Ondernemingskamer ex artikel 2:161 lid 2 BW met het verzoek om de voorzitter van de RvC (A) en de voorzitter van de auditcommissie van de RvC (B) te ontslaan wegens verwaarlozing van hun taak dan wel vanwege andere gewichtige redenen.

Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer is van oordeel dat noch het unanieme besluit van de RvC tot ontslag van C, noch de gevolgen van dat besluit, noch het medezeggenschapstraject over dat besluit een grondslag vormt voor ontslag van A dan wel B als commissaris op grond van artikel 2:161 lid 2 BW.

Aangenomen moet worden dat, mede gelet op de wetsgeschiedenis, de bepaling van artikel 2:161 lid 2 BW het ontslag van een commissaris beoogt te beperken tot uitzonderlijke gevallen. De (schaarse) jurisprudentie tot heden gaat daar ook van uit. In de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II* 2001/02, 28179, nr. 5, p. 47) wordt deze procedure tot ontslag van een individuele commissaris als "noodmaat-