

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer

: 200.266.920/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam, sector kanton : 7044576 CV EXPL 18-14762

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 21 december 2021

inzake

DELIVEROO NETHERLANDS B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

appellante,

advocaat: mr. L.B. de Graaf te Den Haag,

tegen

FEDERATIE NEDERLANDSE VAKBEWEGING (FNV),

gevestigd te Utrecht,

geïntimeerde,

advocaat: mr. J.P. Boot te Utrecht.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Deliveroo en FNV genoemd.

Deliveroo is bij dagvaarding van 10 april 2019 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de kantonrechter) van 15 januari 2019, voor zover onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen FNV als eiseres in conventie en Deliveroo als gedaagde in conventie.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven met producties;
- memorie van antwoord met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 14 april 2021 doen bepleiten, Deliveroo door mr. De Graaf voornoemd en mr. J. Mulder, advocaat te Amsterdam, en FNV door mr. Boot voornoemd en mr. H.C.S. van Deijk-Amzand, advocaat te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Beide partijen hebben nog producties in het geding gebracht.

Hierna is de zaak aangehouden voor verdere aktewisseling. Partijen hebben de volgende stukken ingediend:

- akte van 18 mei 2021 zijdens FNV;

- antwoordakte van 15 juni 2021 met producties zijdens Deliveroo;
- akte van 13 juli 2021 zijdens FNV.

Hierna is arrest gevraagd.

Deliveroo heeft geconcludeerd dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het bestreden vonnis zal vernietigen, primair met afwijzing van de vorderingen van FNV en veroordeling van FNV om hetgeen Deliveroo ter uitvoering van dit vonnis heeft betaald aan FNV, terug te betalen aan Deliveroo, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot de dag van algehele voldoening. Subsidiair heeft Deliveroo gevorderd dat het hof de periode (waarover Deliveroo veroordeeld is) tot naleving van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen zal beperken tot januari 2018 of in ieder geval tot het moment waarop al het verrichten van vervoer over de weg is uitbesteed aan derden (1 juli 2018). In beide gevallen verzoekt Deliveroo om FNV te veroordelen in de proceskosten in beide instanties, te vermeerderen met nakosten en te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na)kosten indien deze niet binnen de gestelde termijn worden voldaan.

FNV heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met veroordeling van Deliveroo in de proceskosten in – begrijpt het hof – hoger beroep, uitvoerbaar bij voorraad.

FNV heeft in hoger beroep bewijs van haar stellingen aangeboden.

2. Feiten

De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis onder 1, sub 1.1 tot en met 1.6, de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof tot uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

2.1. Deliveroo is een onderneming die als bedrijfsactiviteit heeft het onderhouden van een digitaal platform waarop onafhankelijke restaurants maaltijden aanbieden die consumenten (zakelijk of privé) via dat platform kunnen bestellen. Daarnaast kunnen restaurants gebruikmaken van de bezorgservice die Deliveroo sinds september 2015 aanbiedt. Deliveroo zorgt er dan voor dat de bestelde maaltijd bij de consument wordt bezorgd. Voor de bezorging wordt aan de consument een vergoeding in rekening gebracht.

2.2. FNV is een vereniging van werknemers die volgens de statuten het doel heeft de belangen van haar leden en andere werkenden te behartigen. FNV sluit in dat kader collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's) af. Dit doet FNV ook in de sector vervoer en logistiek.

2.3. Vanaf september 2015 zijn er bij Deliveroo maaltijdbezorgers – hierna ook wel aan te duiden als ‘riders’ – op grond van een arbeidsovereenkomst in dienst geweest.

2.4. FNV heeft de controle op naleving van cao’s opgedragen aan de Stichting Vervoersbond Naleving Beroepsgoederenvervoer over de weg (hierna: VNB). VNB heeft bij brief van 14 september 2017 Deliveroo verzocht aan te tonen dat Deliveroo de Cao Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen (hierna: de cao) naleeft.

2.5. De cao is in de periode van 12 februari 2015 tot en met 31 december 2016 en in de periode van 17 augustus 2017 tot en met 16 augustus 2019 bij besluiten van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) van respectievelijk 6 februari 2015 (Staatscourant 11 februari 2015, nr. 961) en 14 augustus 2017 (Staatscourant 16 augustus 2017, nummer 39465) algemeen verbindend verklaard. Deze besluiten worden hierna gezamenlijk aangeduid met “de avv besluiten”.

2.6. In de cao’s die respectievelijk op 11 februari 2015 en 16 augustus 2017 in de Staatscourant zijn gepubliceerd is ten aanzien van de werkingssfeer een nagenoeg gelijkkluidende bepaling opgenomen. In de cao die op 11 februari 2015 is gepubliceerd staat onder meer het volgende:

“artikel 2 werkingssfeer

1. Deze overeenkomst is van toepassing op:

a. Alle werkgevers en werknemers van in Nederland gevestigde ondernemingen die vergunningplichtig vervoer krachtens de Wet wegvervoer goederen (hierna Wwg), zoals deze laatstelijk is gepubliceerd op 28 juni 2013 (staatsblad 233), verrichten, en/of die tegen vergoeding geheel of ten dele vervoer verrichten anders dan van personen, over de weg of over andere dan voor het openbaar verkeer openstaande wegen.

b.(...)

2.a. De overeenkomst is niet van toepassing op ondernemingen die:

–een eigen CAO dienen toe te passen; ofwel

–een eigen bedrijfstak CAO dienen toe te passen; ofwel

–over een eigen vastgelegd arbeidsvoorwaardenpakket beschikken.

Daarbij worden de volgende voorwaarden gesteld:

–Het niveau van voorvermelde regelingen dient tenminste gelijkwaardig te zijn aan het niveau van de CAO voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen en;

–De hoofdactiviteit van de onderneming is een andere dan beroepsgoederenvervoer over de weg, logistieke dienstverlening of de verhuur van mobiele kranen.

b. De hoofdactiviteit van de onderneming is een andere dan beroepsgoederenvervoer over de weg, logistieke dienstverlening of de verhuur van mobiele kranen, wanneer in de regel niet meer dan 20% van de omzet met voornoemde activiteiten wordt gerealiseerd.

Maatgevend daarbij is de juridische eenheid waarvoor een vergunning beroepsgoederenvervoer is aangevraagd of toegekend, danwel waarbinnen de verhuur van mobiele kranen plaatsvindt.

c. Tevens zijn uitgezonderd ondernemingen, die in hoofdzaak gemeten naar de loonsom van het bedrijf bouwwerkzaamheden uitvoeren en tevens mobiele kranen exploiteren.”

3. Beoordeling

3.1. FNV heeft in eerste aanleg gevorderd dat de kantonrechter bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

- a. voor recht verklaart dat de onderneming van Deliveroo valt onder de werkingssfeer van de cao;
- b. Deliveroo veroordeelt tot naleving met terugwerkende kracht van de algemeen verbindend verklaarde cao in de periode van 26 februari 2015 tot 31 december 2016 alsmede in de periode van 17 augustus 2017 tot 17 augustus 2019, althans tot aan de datum waarop de arbeidsovereenkomsten met Deliveroo (zullen) zijn geëindigd onder overlegging aan FNV van deugdelijke salarisspecificaties en betalingsbewijzen, op straffe van een dwangsom van € 15.000,00 per dag dat Deliveroo daarmee in gebreke blijft, te rekenen vanaf vier weken na betekening van het vonnis;
- c. Deliveroo veroordeelt aan FNV te betalen een bedrag van € 45.000,00 aan schadevergoeding ex artikel 3 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (hierna: Wet AVV), te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van de dagvaarding tot aan de dag dat Deliveroo geheel betaald heeft;
- d. Deliveroo veroordeelt aan FNV te betalen een bedrag van € 1.225,00 aan buitengerechtelijke kosten, inclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van dagvaarding tot de voldoening;
- e. een en ander met veroordeling van Deliveroo in de proceskosten.

3.2. Na verweer van Deliveroo heeft de kantonrechter heeft bij het bestreden vonnis de hiervoor weergegeven vorderingen van FNV sub a, b (zonder dwangsom), d en e toegewezen, en de vordering sub c – onder afwijzing van het meergevorderde – toegewezen tot een bedrag van € 5.000,-- .

3.3. Tegen deze (toewijzende) beslissingen en de gronden waarop zij berusten komt Deliveroo op met de grieven I tot en met X, waarbij het kopje met “Grief VII” twee keer voorkomt, zodat het hof deze grieven hierna zal aanduiden als VIIa en VIIb.

3.4. De grieven I tot en met VIIa betreffen – samengevat – de vraag of de cao van toepassing is op Deliveroo, en lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

Zelfstandige voorvraag?

3.5. Deliveroo heeft als meest verstrekkende verweer aangevoerd dat aan een inhoudelijke beoordeling van de vraag of zij onder de werkingssfeer van de cao valt, niet wordt toegekomen omdat haar onderneming niet onder de “sector Beroepsgoederenvervoer” valt (grief IV). Voor zover Deliveroo hiermee betoogt dat dit standpunt als zelfstandige voorvraag – los van de toetsing van de werkingssfeer

bepaling in de cao – dient te worden beoordeeld, faalt dit betoog. De vraag of de cao van toepassing is op Deliveroo dient uitsluitend beantwoord te worden aan de hand van de werkingssfeerbepaling in de cao.

Valt Deliveroo onder de werkingssfeerbepaling van de cao?

3.6. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (zie onder meer HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:678) houdt de cao-norm in dat aan een bepaling van een cao een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn, zodat het niet aankomt op de bedoelingen van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao is gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Ook de bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken. Indien de bedoeling van de partijen bij de cao naar objectieve maatstaven volgt uit de cao-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest, kenbaar is, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend. Uit het arrest FNV/Condor (HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687) volgt dat de cao-norm een dubbele ratio kent. In de eerste plaats strekt de norm ertoe te voorkomen dat een niet kenbare partijbedoeling wordt tegengeworpen aan derden die niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de overeenkomst. In de tweede plaats heeft de cao-norm tot doel te verzekeren dat een cao voor alle onder de werkingssfeer daarvan vallende partijen op dezelfde wijze wordt uitgelegd.

3.7. Het hof stelt het volgende voorop. De problematiek die in dit geschil aan de orde is houdt verband enerzijds met het feit dat (de oorspronkelijke tekst van) de cao dateert van decennia geleden en anderzijds met het feit dat maaltijdbezorging een relatief nieuw fenomeen is. De kern van het betoog van Deliveroo, op de aspecten waarvan hierna verder zal worden ingegaan, houdt in dat de cao van oudsher nooit bedoeld is geweest voor ongemotoriseerd vervoer. Daarmee refereert Deliveroo aan de (oorspronkelijke, en volgens haar ongewijzigde) bedoeling van de cao-sluitende partijen. Het hof overweegt dat de hierboven weergegeven uitlegmaatstaf inhoudt dat een eventuele bedoeling van cao-sluitende partijen naar objectieve maatstaven kenbaar moet zijn en blijven uit de tekst van en/of de toelichting op de cao, ook wanneer zich nieuwe ontwikkelingen voordoen in een sector, juist vanwege het feit dat een cao ook ongebonden werkgevers en werknemers kan binden. Het vereist oplettendheid van alle belanghebbenden bij een cao om ervoor te zorgen dat “de vlag” van de cao “de lading” blijft dekken. Het hof zal hierna verder ingaan op de onderscheiden aspecten van de uitlegmaatstaf.

3.8. Ten aanzien van *de bewoordingen* van de werkingssfeerbepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, overweegt het hof als volgt. Ingevolge artikel 2 lid 1, sub a van de cao, is deze van toepassing op alle werkgevers en werknemers van (...) ondernemingen “die vergunningplichtig vervoer krachtens de Wet wegvervoer goederen (hierna Wwg), verrichten”, en/of “die tegen vergoeding geheel of ten dele vervoer verrichten anders dan van personen, over de weg of over andere dan voor het openbaar verkeer openstaande wegen”.

3.9. Artikel 2 lid 2 van de cao bevat een uitzondering op de werkingssfeerbepaling van lid 1 voor onder andere - samengevat - ondernemingen waarvan de hoofdactiviteit een andere is dan beroepsgoederenvervoer over weg (...), én die een eigen (bedrijfstak)cao of arbeidsvoorwaardenpakket hebben waarvan het niveau tenminste gelijkwaardig is aan dat van de cao.

3.10. Vast staat dat een onderdeel van de bedrijfsvoering van Deliveroo is het bezorgen van maaltijden, hetgeen valt onder de omschrijving van artikel 2 lid 1, sub a van de cao te weten “vervoer anders dan van personen over de weg”. Volgens deze omschrijving is niet vereist dat het bezorgen van maaltijden de kern- of hoofdactiviteit is.

3.11. Tevens staat naar het oordeel van het hof vast dat sprake is van “vervoer tegen vergoeding” zoals bedoeld in artikel 2 lid 1, sub a van de cao. Deliveroo brengt online bezorgkosten bij de consument in rekening. Daarnaast ontvangt Deliveroo commissie van het restaurant waarbij de maaltijd wordt besteld. Deliveroo stelt, zo begrijpt het hof, dat de bezorgkosten en commissie niet gezien kunnen worden als een “vergoeding voor het vervoer” maar dat deze zijn samengesteld uit enerzijds transactiekosten, te weten creditcard-kosten/chargebacks, en anderzijds uit servicekosten. Dat geen sprake is van vergoeding voor het vervoer blijkt volgens Deliveroo ook uit het feit dat de hoogte van deze vergoeding, anders dan bij ‘gewone’ vervoersovereenkomsten, niet afhankelijk is van het aantal bestellingen of de financiële waarde van de bestelde maaltijd, en evenmin van de grootte van de bestelling en de vraag of een of meer bezorgers nodig zijn.

3.12. Het hof overweegt als volgt. De werkingssfeerbepaling stelt niet de eis dat de vergoeding kostendekkend is. Evenmin is van belang dat de wijze waarop de bezorgkosten worden berekend en samengesteld, afwijkt van de wijze waarop dit gebeurt bij ‘gewone’ vervoersovereenkomsten (waarbij de hoogte van de vergoeding mede afhankelijk is van de aard en omvang en het gewicht van de te vervoeren goederen). In zowel de algemene voorwaarden die van toepassing zijn op de relatie tussen Deliveroo en de consument, als in de algemene voorwaarden die van toepassing zijn op de relatie tussen Deliveroo en het restaurant, is vermeld dat bezorgkosten in rekening kunnen worden gebracht (bij de consument) en dat het dienstenpakket dat Deliveroo tegen betaling van commissie levert aan het restaurant mede omvat het bezorgen van bestellingen bij de klant. Daarmee staat naar het oordeel van het hof vast dat is voldaan aan het criterium in de werkingssfeerbepaling dat sprake moet zijn van “vervoer tegen vergoeding”. Dat in sommige gevallen het restaurant zelf bezorgt, of de consument de bestelling ophaalt, maakt dit niet anders. Evenmin doet hieraan af dat de

commissie die Deliveroo in rekening brengt bij de aangesloten restaurants mede samenhangt met het geboden ICT-en technologieplatform. Deliveroo heeft niet gesteld noch aannemelijk gemaakt dat een substantieel aantal van de aangesloten restaurants gebruik maakt van het ICT- en technologieplatform zónder de bezorgdienst, zodat in het overgrote deel van de gevallen de commissie mede omvat de geboden bezorgdienst.

3.13. Tussen partijen is niet in geschil dat Deliveroo niet valt onder de uitzonderingsbepaling van artikel 2 lid 2 van de cao, omdat – daargelaten de vraag naar de hoofdactiviteit van Deliveroo – gesteld noch gebleken is dat Deliveroo voldoet aan het tweede vereiste van dit artikellid, te weten dat zij beschikt over een eigen (bedrijfstak)cao of arbeidsvoorwaardenpakket waarvan het niveau tenminste gelijkwaardig is aan dat van de cao.

3.14. Deliveroo heeft gesteld dat de betekenis van bepaalde bewoordingen in normaal of gangbaar spraakgebruik, een rol kan spelen bij de uitleg naar objectieve maatstaven. Het hof oordeelt dat wellicht in het verleden het begrip ‘goederenvervoer’ in het spraakgebruik vooral zag op (zwaar) gemotoriseerd verkeer, maar dat in de loop van de afgelopen jaren dit begrip aan verandering onderhevig is (geweest) en thans ook vele andere vormen van niet gemotoriseerd goederenvervoer omvat, zoals vervoer per (bak)fiets en scooter. Het normale en/of gangbare spraakgebruik bevat dus geen aanwijzing voor de stelling van Deliveroo dat bezorging per fiets niet onder de werkingssfeer kan vallen.

3.15. Deliveroo stelt dat (ook) uit de overige bewoordingen van de cao blijkt dat de werkingssfeerbepaling in zijn geheel ziet op gemotoriseerd vervoer. Deliveroo wijst daarbij op de volgende feiten en omstandigheden:

- veel voorkomende termen als ‘chauffeur’, ‘standplaats’, ‘wagenladingen’ en andere termen zien alleen op gemotoriseerd vervoer;
- bij bepalingen in de cao over arbeidsuren, pauzes en urenregistratie wordt verwezen naar de Verordening Wegvervoer, die uitsluitend van toepassing is op gemotoriseerd goederenvervoer;
- artikel 32 cao (in beginsel niet werken op zondagen en feestdagen), artikel 33 cao (weekendtoeslag), artikel 37 cao (eendaagse nachtrittentoeslag) en artikel 44 cao betreffen specifieke afspraken die alleen zien op de branche van het gemotoriseerde beroepsgoederenvervoer;
- het functiehandboek waarnaar in artikel 18 lid 3 cao wordt verwezen, bevat geen functie van maaltijdbezorger, maar alleen functies die passen bij beroepsvervoer krachtens de Wwg.

3.16. Het hof is met Deliveroo van oordeel dat een aantal van de cao-bepalingen en daarin gebezigde termen, uitsluitend betrekking kan hebben op gemotoriseerd vervoer. Daarmee is echter niet, althans niet automatisch, gegeven dat de cao alleen bedoeld is voor gemotoriseerd vervoer, althans dat de werkingssfeerbepaling zodanig moet worden uitgelegd. FNV wijst er in dit verband terecht op dat de cao ook een aantal bepalingen bevat inzake toeslagen, waarvoor alleen chauffeurs in het internationaal

wegvervoer in aanmerking komen; daarmee wordt de cao er nog geen die uitsluitend bestemd is voor het internationaal wegvervoer.

3.17. Ten aanzien van het functiehandboek heeft FNV onbetwist gesteld dat dit een door het Sectorinstituut Transport en Logistiek (hierna: Sectorinstituut) opgesteld voorlichtingsboek betreft dat een niet-limitatief aantal functies binnen de sector beschrijft. Het boek dient om werkgevers binnen de sector te helpen het indelingsniveau van een functie te bepalen. Alleen werkgevers kunnen een verzoek tot functiebeschrijving aanvragen bij het Sectorinstituut, en als een dergelijk verzoek niet wordt gedaan, wordt de functie niet beschreven. Het feit dat de functie van maaltijdbezorger - of een andere bezorgfunctie met een ongemotoriseerd voertuig - niet is beschreven in het functiehandboek, is enerzijds een gevolg van het feit dat deze functie nog niet zo lang bestaat, en anderzijds van het feit dat tot op heden kennelijk geen verzoek aan het Sectorinstituut is gedaan om deze functie te beschrijven.

3.18. Deliveroo heeft voorts gewezen op de *(wets)systematische uitleg en de structuur* van de werkingssfeerbepaling. FNV stelt dat artikel 2 lid 1, sub a cao twee delen bevat: het eerste deel (deel I) betreft ondernemingen die vergunningplichtig vervoer krachtens de Wwg verrichten, het tweede deel (deel II) omvat alle vervoer tegen vergoeding over de weg. Deze uitleg is volgens Deliveroo niet logisch en niet systematisch, omdat in dat geval deel I overbodig is. Deel II zou dan immers het vergunningplichtig vervoer krachtens de Wwg mede omvatten. Deliveroo bepleit daarom dat een systematische en logische uitleg van deel II tot de conclusie voert dat dit een aanvulling dient te zijn op deel I. Waar deel I ziet op vergunningplichtig beroepsvervoer, ziet deel II volgens Deliveroo dan ook op niet vergunningplichtig beroepsvervoer, welk begrip in de Wwg is gedefinieerd als: *“vervoer van goederen met een of meer vrachtauto's dat tegen vergoeding van een of meer derden wordt verricht, niet zijnde eigen vervoer.”*

In deze uitleg ziet de werkingssfeerbepaling uitsluitend op beroepsvervoer, hetgeen in de Wwg wordt gedefinieerd als gemotoriseerd wegvervoer.

3.19. Het hof is met FNV van oordeel dat deel II zelfstandige betekenis heeft, en dat er geen aanleiding bestaat om dit deel uitsluitend te zien als een aanvulling op deel I met als doel (ook) het niet vergunningplichtige beroepsgoederenvervoer onder de werkingssfeerbepaling van de cao te brengen. Het belangrijkste argument daarvoor is dat in de uitleg die Deliveroo geeft aan de onderlinge verhouding tussen deel I en II simpelweg volstaan had kunnen worden met een werkingssfeerbepaling waarin wordt verwezen naar ‘al het vervoer krachtens de Wwg’ (ongeacht of dit vergunningplichtig is of niet), met andere woorden: dan was een opdeling van de bepaling in twee delen niet nodig. Daar komt bij dat de werkingssfeerbepaling in de cao zoals deze gold voorafgaand aan de huidige redactie (in 1984) als volgt luidde:

“Deze overeenkomst is van toepassing op de werkgevers en werknemers van elke in Nederland gevestigde onderneming (...) die haar bedrijf maakt van het tegen vergoeding vervoeren van goederen over de weg (...).”

Met andere woorden: in een eerdere tekst van de werkingssfeerbepaling was evenmin als thans in deel II het geval is, een aanwijzing te vinden dat de werkingssfeerbepaling alleen ziet op gemotoriseerd verkeer.

3.20. Deliveroo voert, ten slotte, als argument voor haar stelling dat de begrippen uit de Wwg leidend dienen te zijn bij uitleg van de werkingssfeerbepaling aan dat de definitie van beroepsvervoer in de Wwg 'eigen vervoer' uitsluit. FNV heeft in eerste aanleg, onder verwijzing naar het Panteia-rapport, gesteld dat eigen vervoer niet onder de werkingssfeer valt, terwijl dit genomen naar de letterlijke tekst van de werkingssfeerbepaling hier wel onder zou vallen. Hieraan ontleent Deliveroo een argument voor haar stelling dat de tekst van deel II uit de werkingssfeerbepaling moet worden opgevat als betrekking hebbend op beroepsvervoer, derhalve exclusief eigen vervoer. FNV heeft dit bestreden en in hoger beroep haar standpunt genuanceerd in die zin dat alleen vervoer voor eigen rekening waarvoor geen vergoeding plaatsvindt, niet onder de werkingssfeer valt, en al het andere eigen vervoer wel. Aldus is volgens FNV nog steeds de letterlijke tekst van de werkingssfeerbepaling leidend. Het hof overweegt dat hetgeen objectief kenbaar is uit de cao-bepalingen, onvoldoende aanwijzing bevat om te concluderen dat de werkingssfeerbepaling alleen ziet op beroepsvervoer krachtens de Wwg. De vraag of en in welke vormen 'eigen vervoer' onder de werkingssfeerbepaling van de cao valt ligt in deze procedure niet voor, aangezien Deliveroo uitsluitend vervoer voor derden verricht.

3.21. Samengevat vormen noch de tekst van de werkingssfeerbepaling zelf, noch de elders in de cao gebruikte bewoordingen voldoende aanknopingspunt op om te concluderen dat de cao alleen ziet op beroepsvervoer krachtens de Wwg (en daarmee gemotoriseerd vervoer).

3.22. Deliveroo stelt dat een uitleg van de werkingssfeerbepaling die ertoe leidt dat een cao van toepassing wordt op een bedrijf waarvan de kernactiviteit in onvoldoende verband staat met de cao-bedrijfstak, niet redelijk en (daarom) leidt tot *onaannemelijke rechtsgevolgen*. Deliveroo betoogt dat haar kernactiviteit is gelegen in het exploiteren van een platform waarmee diensten worden geleverd aan restaurants, riders en consumenten, hetgeen zij aanduidt als "three-sided marketplace". Haar verdienmodel is met name gelegen in de exploitatie van het platform, en niet in de maaltijdbezorging, aldus Deliveroo.

Het hof stelt voorop dat de werkingssfeerbepaling in artikel 2 lid 1 cao, anders dan in de uitzonderingsbepaling van lid 2, niet de eis stelt dat het "vervoer over de weg tegen vergoeding" de hoofd- of kernactiviteit van de onderneming vormt. Uit artikel 2 lid 2 cao kan, integendeel, worden afgeleid dat een onderneming reeds onder de werkingssfeer valt wanneer zij 20% of meer van haar omzet genereert met beroepsgoederenvervoer over de weg en logistieke dienstverlening. Het hof volgt Deliveroo niet in haar stelling dat zij een technologiebedrijf is. Nog afgezien van het feit dat 'bezorging' als kernactiviteit zit in de naam van Deliveroo, komt meer dan de helft van de kosten direct voort uit kosten die samenhangen met de bezorgdienst, is een groot deel van de activa en de voorraden hiervoor bestemd en heeft Deliveroo in Nederland vrijwel geen ICT'ers in dienst en - ten opzichte van de omvang van haar bezorgactiviteiten - slechts een beperkt aantal werknemers in een kantoorfunctie. Het bezorgen van maaltijden vormt derhalve wel degelijk de kernactiviteit van Deliveroo.

3.23. Deliveroo stelt voorts dat het toepassen van de bepalingen van de cao op Deliveroo zal leiden tot een onaannemelijk rechtsgevolg, te weten dat zij komt te vallen onder een standaard cao die algemeen verbindend is verklaard door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op basis van representativiteitscijfers waarbij de sectoren maaltijdbezorging en andere kleinschalige bezorging per fiets, en de sector eigen vervoer niet zijn betrokken. Wanneer Deliveroo valt onder de werkingssfeer van de cao geldt datzelfde voor vele andere vergelijkbare bedrijven, en is het representativiteitspercentage (achteraf gezien) in de procedures tot algemeenverbindendverklaring van de cao (hierna: de avv-procedures) onjuist, namelijk te hoog, berekend, aldus nog steeds Deliveroo.

3.24. Het hof overweegt als volgt. De cao heeft een standaardkarakter hetgeen inhoudt dat ook afwijkingen ten gunste van de werknemer niet zijn toegestaan. Voor werkgevers en werknemers die, anders dan door lidmaatschap van een van de cao-sluitende partijen, aan een dergelijke cao worden gebonden door een algemeen verbindend verklaring van die cao, vormt dit een vergaande inbreuk op hun contractsvrijheid. Deze inbreuk wordt gerechtvaardigd geacht volgens het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring cao-bepalingen (hierna: Toetsingskader AVV) op grond van het beoogde effect van voorkoming van concurrentie op arbeidsvoorwaarden door onderbieding door niet-gebonden werkgevers en werknemers. Bedrijven in de betreffende sector wordt belet om elkaar te beconcurreren op arbeidsvoorwaarden, ook wanneer die concurrentie ten gunste van de werknemer zou strekken. Deze ratio van het tegengaan van concurrentie op arbeidsvoorwaarden is alleen gerechtvaardigd wanneer daadwerkelijk sprake is van concurrerende bedrijven binnen een bepaalde sector. De Wet op het algemeen verbindend verklaren van cao bepalingen (hierna: Wet AVV) borgt dat sprake is van daadwerkelijk concurrerende bedrijven door als voorwaarde voor algemeenverbindendverklaring van een cao de eis te stellen dat sprake is van voldoende representativiteit: de cao moet gelden voor een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen (artikel 2 Wet AVV). Op grond van artikel 4.1 Toetsingskader AVV is sprake van een belangrijke meerderheid bij 60% of meer, is een meerderheid tussen 55% en 60% voldoende tenzij het draagvlak voor de cao gering is of er een scheve verdeling van de meerderheid bestaat, en wordt bij een meerderheid van minder dan 55% de cao niet algemeen verbindend verklaard tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden. Op grond van artikel 4 van het Toetsingskader AVV wordt het representativiteitspercentage berekend door het aantal personen werkzaam bij werkgevers gebonden door de cao, die naar de aard van hun functie respectievelijk werkzaamheden (...) binnen de werkingssfeer van de cao vallen, uit te drukken in een percentage van het totaal aantal personen dat binnen de werkingssfeer van de cao zou vallen. Op grond van artikel 2:2 lid 1, sub c van het Besluit aanmelding van collectieve arbeidsovereenkomsten en het verzoeken om algemeenverbindendverklaring, dienen cao-partijen bij hun verzoek tot algemeen verbindend verklaring een toelichting te verstrekken op de wijze van verzameling van representativiteitsgegevens, waaruit onder meer blijkt "dat de grenzen van het domein waarover de gegevens zijn verzameld gerelateerd zijn aan de werkingssfeer van de collectieve arbeidsovereenkomst".

3.25. Het betoog van Deliveroo komt in de kern erop neer dat de uitleg van de werkingssfeerbepaling die FNV in deze procedure bepleit, onaannemelijk is, omdat het rechtsgevolg hiervan zou zijn dat werkgevers zoals zij als gevolg van de algemeen verbindend verklaring onder een standaard cao komen te vallen, terwijl diezelfde werkgevers niet zijn “meegerekend” bij het bepalen van de representativiteit die ten grondslag heeft gelegen aan de algemeen verbindend verklaring. Dit betoog faalt. In het kader van de aanvraag tot algemeen verbindend verklaring is het debat over (de grenzen van) de werkingssfeer blijkbaar niet gevoerd. In het kader van deze procedure is dat debat wel gevoerd, en oordeelt het hof hierover aan de hand van de door de Hoge Raad ontwikkelde uitlegregels. Ook wanneer het resultaat hiervan is dat de uitleg van de werkingssfeerbepaling in de onderhavige procedure niet strookt met de kennelijke uitleg van die bepaling op basis waarvan in het kader van de algemeen verbindend verklaring de representativiteitsgegevens zijn aangeleverd, is geen sprake van een onaannemelijk rechtsgevolg. Het debat over de grenzen van de werkingssfeerbepaling kan bij een volgende aanvraag tot algemeen verbindend verklaring alsnog gevoerd worden. Daarbij komt dat de representativiteitsgegevens die in de avv-procedure zijn aangeleverd niet objectief kenbaar waren voor derden. Deliveroo stelt immers bij grieven immers dat (alleen) de partijen die de algemeen verbindend verklaring hebben verzocht, de precieze gegevens bezitten, en zij heeft FNV uitgenodigd om deze precieze gegevens over te leggen. Resumerend is van een onaannemelijk rechtsgevolg in de door Deliveroo bepleite zin geen sprake.

3.26. Voor het geval het hof onverhoopt mocht bepalen dat Deliveroo onder de werkingssfeer van de cao valt heeft volgens Deliveroo (meer subsidiair) te gelden dat het representativiteitspercentage van 2018 (68%) gecorrigeerd dient te worden met de werknemers van Deliveroo en de werknemers van andere, soortgelijke bedrijven (zoals Thuisbezorgd) en de werknemers van bezorgbedrijven zoals Sandd. Het representativiteitspercentage zou daarmee zakken naar 61%. Wanneer ook werknemers in de sector Post en Koeriers (met uitzondering van de werknemers van PostNL) worden meegeteld, zal, aldus Deliveroo, de representativiteit zakken tot onder de ondergrens van 55%. Deliveroo heeft bij memorie van grieven echter geen (voorwaardelijk) beroep op ongeldigheid van de avv-besluiten van de Minister gedaan zoals aan de orde was in het arrest Inforcontracting/SNCU (ECLI:NL:HR:2021:357). Voor zover Deliveroo beoogt dit beroep alsnog te doen in haar pleitnota en/of nadere akte, is dit te laat en komt dit in strijd met de beginselen van een goede procesorde.

3.27. Deliveroo heeft, ten slotte, betoogd dat wanneer zij onder de werkingssfeer van de cao zou vallen, een onaannemelijk rechtsgevolg hiervan is dat op de reguliere werktijden van de riders allerlei cao-toeslagen en vergoedingen voor buitengewone uren zouden gaan gelden. FNV heeft gesteld dat uit de door Deliveroo zelf aangeleverde gegevens blijkt dat het aantal bestellingen in het weekend niet veel hoger is dan buiten het weekend, en dat de verblijfskostenvergoeding alleen van toepassing is als de werknemer vóór 14.00 uur begint. Ook indien echter juist is dat de ‘buitengewone’ uren waarvoor op grond van de cao een toeslag geldt, voor de riders ‘gebruikelijke’ werkuren zijn, voert dit niet tot de conclusie dat sprake is van een onaannemelijk rechtsgevolg. Zoals FNV terecht aanvoert blijft werken in het weekend of ’s avonds, gelet op het feit dat het sociale (gezins)leven zich ondanks de 24-

uurseconomie nog steeds hoofdzakelijk dan afspeelt, 'buitengewoon' in de zin van meer belastend dan overdag werken op weekdays. Daar stelt de cao een vergoeding tegenover. Het feit dat deze buitengewone werkuren voor de riders gebruikelijke werktijden zijn, evenals in een aantal andere sectoren zoals de logistieke dienstverlening, maakt dit niet anders.

3.28. Resumerend falen de grieven I tot en met VII.a en oordeelt het hof dat Deliveroo valt onder de werkingssfeer van de cao.

Grief VIIb: beroep op de redelijkheid en billijkheid; dispensatie

3.29. Met deze grief richt Deliveroo zich tegen overweging 27 van het bestreden vonnis, waarin de kantonrechter overweegt dat het toepassen van de cao naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is, zolang Deliveroo geen dispensatie bedoeld als in artikel 74 van de cao heeft gevraagd. Op grond van artikel 6:248 lid 2 BW blijft een regel buiten toepassing wanneer deze toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid). Deliveroo heeft in dit verband aangevoerd dat onverkorte toewijzing van de vorderingen van FNV tot onaanvaardbare gevolgen leidt, mede gelet op het standaardkarakter van de cao. Ten aanzien van veel riders zal terugvordering moeten plaatsvinden, omdat deze meer hebben verdiend dan de cao toeliet. Ook voert onverkorte toepassing tot een administratief fiasco, omdat veel riders die werkzaam waren voor Deliveroo in de periodes waarin de cao algemeen verbindend is verklaard, niet meer bij haar werkzaam zijn en het onmogelijk is deze allemaal te benaderen.

3.30. Deliveroo heeft in dit kader voorts verzocht om, wanneer niet op grond van de beperkende/derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid de gehele cao buiten toepassing wordt verklaard, dit in elk geval wel te doen ten aanzien van de inconvenientie-toeslagen en andere voorzieningen voor werknemers (bijvoorbeeld op het gebied van scholing en studiekosten) genoemd in hoofdstuk 9.5 van de conclusie van antwoord. Gelet op de specifieke situatie van Deliveroo is het werken op onregelmatige uren en in het weekend eerder regel dan uitzondering. Bovendien kunnen de riders zelf kiezen wanneer zij werken, aldus Deliveroo.

3.31. Het hof is van oordeel, in het licht van het feit dat een algemeen verbindend verklaarde cao recht oplevert in de zin van artikel 96 Wet op de Rechterlijke Organisatie en het feit dat Deliveroo de mogelijkheid had (en heeft) om dispensatie van de cao en/of de algemeen verbindend verklaring te vragen, dat Deliveroo onvoldoende heeft aangevoerd om de conclusie te rechtvaardigen dat de gehele cao buiten toepassing dient te blijven. Voor zover Deliveroo aanvoert dat deze buiten toepassing verklaring wel dient te geschieden ten aanzien van de inconvenientie-toeslagen wegens het werken in de avonduren en het weekend, faalt dit betoog eveneens. Ook wanneer ervan uit wordt gegaan dat avond- en weekenduren voor riders 'gebruikelijke' werktijden zijn, leidt dit niet tot een onaanvaardbaar gevolg. De ratio van deze toeslagen is immers dat werknemers gecompenseerd worden voor werken op deze onregelmatige uren, waarbij het geen verschil maakt dat dit voor de

riders gebruikelijke werkuren zijn. Daarbij komt dat Deliveroo, in het kader van de door haar gestelde onaanvaardbaarheid, geen inzicht heeft gegeven in de consequenties die de verrekeningen die zij zou moeten toepassen op basis van de in hoofdstuk 9.5 van de conclusie van antwoord genoemde artikelen van de cao voor haar zouden hebben. Deliveroo stelt immers ook dat de riders gedurende de periodes van algemeenverbindendverklaring substantieel meer hebben verdiend dan het cao-loon. Dit zou leiden tot terugvorderingen. Wanneer daartegenover echter staat dat over een groot aantal verloonde uren een inconveniëntietoeslag verschuldigd is, en het netto effect zou zijn dat er weinig tot geen vorderingen over en weer resteren, bestaat er (ook om die reden) geen aanleiding voor toepassing van de beperkende/derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Nu gesteld noch gebleken is wat per saldo het netto-effect zou zijn van onverkorte toepassing van de cao, passeert het hof ook op die grond het beroep van Deliveroo op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

3.32. Deliveroo heeft, ten slotte, aangevoerd dat haar niet kan worden tegengeworpen dat zij geen dispensatie heeft aangevraagd, omdat artikel 74 van de cao onder meer vereist dat sprake is van een in overleg met de vakbonden gelijkwaardige arbeidsvoorwaardenregeling. Gelet op de krachtens de cao verschuldigde inconveniëntentoeslagen kan van haar in redelijkheid niet worden verwacht een gelijkwaardige regeling te treffen, zo begrijpt het hof het betoog van Deliveroo. Gelet op het uitgangspunt dat zowel ten aanzien van toepasselijkheid van de cao, als ten aanzien van dispensatie daarvan het primaat bij de cao-partijen ligt, ziet het hof aanleiding een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid terughoudend te toetsen zolang niet tenminste een dispensatieverzoek is ingediend en beoordeeld. Nu dat niet het geval is heeft de kantonrechter dit terecht mee gewogen bij haar oordeel dat het beroep van Deliveroo op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid dient te worden verworpen.

Grief VIII: schadevergoeding

3.33. Met deze grief komt Deliveroo op tegen het oordeel van de kantonrechter onder 35 van het bestreden vonnis, waarbij aan FNV ten laste van Deliveroo een schadevergoeding van € 5.000,- is toegekend wegens vermogensschade en immaterieel nadeel in de vorm van reputatieschade, daartoe in het bijzonder stellende dat in andere, vergelijkbare, gevallen ter zake doorgaans lagere bedragen worden toegekend. De grief faalt. Op grond van artikel 3 Wet AVV en de artikelen 15 en 16 Wet cao heeft FNV een zelfstandig vorderingsrecht nu Deliveroo ten onrechte een algemeen verbindend verklaarde cao niet heeft toegepast. Deze schadevergoeding wordt naar billijkheid bepaald. Het enkele feit dat ter zake in andere gevallen lagere bedragen zijn toegekend, is onvoldoende om te oordelen dat het door de kantonrechter in dit geval toegewezen bedrag van € 5.000,- niet redelijk is. In aanmerking genomen dat Deliveroo (op zichzelf) niet heeft betwist dat FNV aanzienlijke kosten heeft moeten maken in verband met de onderhavige handhaving, dat de toegewezen buitengerechtelijke kosten het door FNV geleden nadeel niet voldoende dekken en dat sprake is van enig immaterieel nadeel in de vorm van reputatieschade wegens het niet naleven van de cao, verworpt het hof de stelling van Deliveroo dat het door de

kantonrechter toegewezen bedrag van € 5.000,-- onredelijk/bovenmatig is als onvoldoende feitelijk toegelicht en acht het hof aannemelijk dat FNV schade tot voormeld bedrag heeft geleden.

Grief IX: dictum

3.34. Met deze grief betoogt Deliveroo dat het dictum te ruim is geformuleerd, allereerst omdat de kantonrechter voor recht heeft verklaard dat “de onderneming van Deliveroo” onder de werkingssfeer van de cao valt, terwijl het erom gaat of er binnen de onderneming van Deliveroo werknemers zijn die onder de werkingssfeer vallen. De grief faalt in zoverre omdat de kantonrechter met het onderhavige dictum, gezien overweging 28 waarin zij spreekt van Deliveroo als werkgever, klaarblijkelijk slechts heeft beoogd tot uitdrukking te brengen dat de onderneming van Deliveroo ten aanzien van (eventuele) werknemers onder de werkingssfeer van de cao valt. Verder is volgens Deliveroo het dictum te ruim geformuleerd omdat dit ook zou zien op (een gedeelte van) de algemeen verbindend verklaarde periode waarin de riders niet meer werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Deze grief mist feitelijke grondslag aangezien de kantonrechter Deliveroo heeft veroordeeld tot het met terugwerkende kracht naleven van de cao tot aan de datum waarop de arbeidsovereenkomsten met Deliveroo (zullen) zijn geëindigd.

Grief X/Slotoverweging/nieuwe grieven/nieuwe vordering

3.35. Grief X mist zelfstandige betekenis en kan daarom onbehandeld blijven. De slotsom is dat de grieven falen. Voor zover FNV heeft aangevoerd dat Deliveroo in haar pleidooi ter gelegenheid van de mondelinge behandeling nieuwe grieven heeft aangevoerd ten opzichte van de memorie van grieven, heeft zij bij de behandeling van haar bezwaren hiertegen – voor zover dat in het voorgaande niet is gedaan; vgl. het slot van overweging 3.26 – bij deze stand van zaken geen belang.

3.36. Deliveroo heeft in haar pleitnota echter ook haar vordering in hoger beroep aangepast in die zin dat het hof verzocht aan een eventuele veroordeling tot naleving van de cao de voorwaarde te verbinden dat deze slechts geldt indien en voor zover een ontvankelijk verzoek van Deliveroo tot dispensatie van de cao is afgewezen. FNV heeft bezwaar gemaakt tegen deze eisenwijziging. Het hof honoreert dit bezwaar, omdat de wijziging van eis tardief is en in strijd met de goede procesorde. Het hof overweegt ten overvloede dat de vordering ook inhoudelijk reeds zou stranden op het feit dat gesteld noch gebleken is dat ten tijde van de behandeling van het hoger beroep een dispensatieverzoek is ingediend door Deliveroo.

3.37. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. Deliveroo zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in appel.

4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis (in conventie) waarvan beroep;

veroordeelt Deliveroo in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van FNV begroot op € 2.020,-- aan verschotten en € 4.062,-- voor salaris;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. T.S. Pieters, R.J.M. Smit en A. van Zanten-Baris en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 21 december 2021.

mr. J.C.W. Rang