

Werknemer met terugwerkende kracht?

Over de vorderingen van de geherkwalificeerde zzp'er

TRA 2023/51

1. Inleiding

Al langer is duidelijk dat een groep zelfstandigen op basis van een onjuist gekwalificeerde overeenkomst de arbeid verricht. Deze zzp'ers zijn dus werknemers en hebben recht op een loon overeenkomstig de cao, op vakantiedagen en vakantiebijslag, op onregelmatigheidstoelagen en soms ook op de opbouw van een bedrijfspensioen. Niet alleen de werkgever, maar ook derden zoals pensioenfondsen en het UWV, lopen het risico van claims van ten onrechte als zzp'er gekwalificeerde werknemers. In de rechtspraak zijn daarvan veel voorbeelden te vinden,² maar gezien de schattingen van het aantal ten onrechte als zzp'er gekwalificeerde werkenden valt het aantal procedures hierover mij mee. Over de redenen waarom weinig onjuist gekwalificeerde zzp'ers opkomen voor hun rechten als werknemer is mij geen onderzoek bekend. Het kan zijn dat de schatting van het aantal onjuist gekwalificeerde zzp'ers overdreven is, maar ik vermoed eerder dat veel zzp'ers achter hun keuze om als zelfstandige te werken staan en zich ook blijven opstellen. Wellicht dat sommigen een herbeoordeling van hun aangifte inkomstenbelasting vrezen. Bij sommigen zal ook de angst spelen dat ze hun werk verliezen als ze zich als werknemer opstellen, zeker als dat leidt tot vorderingen op hun werkgever. Ook zal gelden dat veel zzp'ers geen aanleiding hebben om over de herkwalificatie van de overeenkomst na te denken.

Dat wordt anders nu de regering heeft aangekondigd vanaf 2025 de arbeidsovereenkomst beter te handhaven. Daarbij wordt de definitie van de arbeidsovereenkomst verduidelijkt door in art. 7:610 BW op te nemen dat het werken binnen het organisatorische verband van de werkgever een duidelijke indicatie is voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst.³ Het Deliveroo-arrest van 24 maart 2023⁴ biedt die duidelijkheid al, zodat zelfs zou kunnen worden betoogd dat vanaf deze datum werkgevers en zelfstandigen moeten worden geacht te weten hoe hun arbeidsrelatie moet worden gekwalificeerd. De precieze tekst van de verduidelijking van art. 7:610 BW is nog niet bekend, maar duidelijk is wel dat het gaat niet om een wijziging van de definitie. Door die verduidelijking en ver-

beterde handhaving van de (kwalificatie van de) arbeidsovereenkomst ligt het voor de hand te veronderstellen dat een aanzienlijk aantal werkenden die eerder als zzp'er aangemerkt werden, vanaf dan als werknemer wordt gekwalificeerd. Deze tot werknemers geherkwalificeerde zzp'ers zullen zich afvragen vanaf welk moment ze dan werknemer zijn. Vanaf het moment immers dat de herkwalificatie van de arbeidsrelatie in beeld komt, zal de wijze waarop zij de arbeid verrichten noch de definitie van de arbeidsovereenkomst veranderen. Als ze dan wel als werknemer aangemerkt moeten worden, gold die kwalificatie voor het verleden hoogstwaarschijnlijk ook. De geherkwalificeerde zzp'er zal zich dan misschien beroepen op de aan hem in het verleden als werknemer toekomende maar niet gehonoreerde rechten.

Ik zal in deze bijdrage nader uitwerken welke rechten dat zijn en proberen de risico's die partijen bij het aanspraak maken op die rechten kunnen lopen, in kaart te brengen. Daarvoor is van belang eerst een inschatting te maken van de omvang van de groep 'te herkwalificeren zelfstandigen', want als het om een kleine groep gaat, is vanwege die omvang het probleem wellicht te overzien. Daarna zal ik nader ingaan op de herkwalificatie zelf, en vervolgens zal ik verschillende mogelijke vorderingen bespreken. Vervolgens zal ik kort ingaan op de risico's van terugvorderingen die de herkwalificatie voor de zzp'er met zich brengt. Als het bij die vorderingen om aanzienlijke bedragen blijkt te gaan, ook in verhouding tot de risico's die de zzp'er bij herkwalificatie loopt, en als die zinvol kunnen worden ingesteld, kan dit reden zijn maatregelen voor te stellen ter voorkoming van vorderingen met een (aanzienlijke) terugwerkende kracht.

2. Omvang van de groep onjuist gekwalificeerde zzp'ers

In 2021 werkten 1,1 miljoen mensen in een hoofdbaan als zzp'er, ongeveer 12% van alle werkenden. Volgens het CBS zijn van deze zzp'ers er bijna 900.000 die vooral eigen arbeid of diensten aanbieden.⁵ In totaal zijn op de Nederlandse arbeidsmarkt ongeveer 1,8 miljoen personen als zelfstandige actief, waarvan 250.000 in de zorgsector.⁶ Dat onder de zelfstandigen werkenden zijn wier overeenkomst te kwalificeren valt als arbeidsovereenkomst, staat wel vast. De omvang van die groep niet. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bleef op Kamervragen over de omvang van de groep onjuist gekwalificeerde wer-

¹ Evert Verhulp is hoogleraar Arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

² De bekendste is wel Natasja uit de Gouden Kooi, zie HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887 (*Gouden Kooi*).

³ Brief van 16 december 2022 van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Voortgangsbrief werken met en als zelfstandige(n).

⁴ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).

⁵ <https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-zzp/ontwikkelingen-zzp>.

⁶ <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/84166NED/table?ts=1678812206111>.

kers het antwoord schuldig, maar verschaft wel verschillende gegevens waaruit een indicatie van de omvang kan worden afgeleid. Eén daarvan was dat uit de pilot webmodule bleek dat de helft van de opdrachtovereenkomsten de duiding dienstbetrekking kreeg.⁷ Eerder heb ik geschat dat de helft van de zzp'ers niet werkelijk ondernemer is, maar ook die schatting is arbitrair en als het al klopt, betekent het niet dat daarmee ook de helft van de zzp'ers als werknemer gekwalificeerd moet worden.⁸ Daarbij komt dat een werkende meer arbeidsrelaties kan aangaan, die verschillend gekwalificeerd kunnen worden. Uit het onderzoek van de Algemene Rekenkamer is af te leiden dat ongeveer 20% van de opdrachtnemers vooral afhankelijk is van één opdrachtgever en dat in ruim 30% van de gevallen de opdrachtgever de werktijden van de zzp'er bepaalt. Hoewel de omvang niet vaststaat, gaat het wel om een aanzienlijke groep en zou bij herkwalificatie, gezien die omvang, sprake zijn van een potentieel probleem als deze groep als werknemer ook over het verleden rechten kan claimen.

3. De herkwalificatie

De vraag of een overeenkomst waarvan partijen menen dat die een opdrachtovereenkomst is, een arbeidsovereenkomst kan zijn, kan alleen maar bevestigend beantwoord worden. Zeker na het arrest X/Amsterdam is volstrekt duidelijk dat de partijbedoeling bij de kwalificatie van de overeenkomst weinig, en zeker geen doorslaggevende, waarde toekomt.⁹ Over de vraag of een opdrachtovereenkomst door de feitelijke gedragingen van partijen ook kan verworden tot een arbeidsovereenkomst, is iets meer twijfel mogelijk, maar ook het antwoord op die vraag is bevestigend. In de praktijk doet zich dit ook wel voor.¹⁰

De overgang van een uitzendovereenkomst naar een arbeidsovereenkomst wordt door de Hoge Raad niet eenvoudig aangenomen. De Hoge Raad overwoog dat als de wijze waarop de werknemer zich gedraagt, zowel past bij een uitzendovereenkomst als bij een arbeidsovereenkomst, dat dan *“de rechtszekerheid zich (verzet) tegen een geruisloze vervanging van de tussen [verweerder] en de bank bestaande verhouding van ingeleende werknemer tot inlener in een arbeidsovereenkomst, waarvan voor geen van de partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken”*.¹¹ Dezelfde terughoudendheid is te zien bij de overgang van een leer- naar een arbeidsovereenkomst.¹² Voor de overgang van een opdracht- naar een arbeidsovereenkomst geldt het argument van de rechtsze-

kerheid mijn inziens niet omdat de opdrachtovereenkomst en de arbeidsovereenkomst elkaar uitsluiten en omdat beide partijen instemmen met een wijziging van de bestaande verhouding, zodat ook duidelijk is wanneer de wijziging zich heeft voltrokken. Dat door de wijziging in de feitelijke gedragingen van partijen ook een verandering van de contractsvorm kan ontstaan, lijkt onbetwist.¹³ Ik richt mij in deze bijdrage op de situatie dat de tussen partijen gesloten opdrachtovereenkomst van meet af aan dient te worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst. Zodra echter een overeenkomst die oorspronkelijk was gesloten en werd uitgevoerd als opdrachtovereenkomst, ‘verwordt’ tot arbeidsovereenkomst wegens wijzigingen in de manier waarop de arbeid wordt verricht en/of in de manier waarop partijen zich tot elkaar verhouden, zullen zich vanaf dat moment de risico's van herkwalificatie die ik in deze bijdrage behandel, ook bij deze overeenkomst voordoen.

4. Vorderingen op de werkgever: loon, vakantie, transitievergoeding

Het aannemen van een arbeidsovereenkomst in plaats van een overeenkomst van opdracht leidt tot een wijziging van veel afspraken en aanspraken. Ik sta hier vooral stil bij loon en vakantiedagen en bij toepasselijkheid van het ontslagrecht, maar wijs erop dat herkwalificatie van de zzp'er meer effecten heeft. Zo is de betrokken persoon niet aansprakelijk voor door hem veroorzaakte schade; tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid (art. 7:661 BW),¹⁴ gaat hij mee over bij een overgang van onderneming en zal hij alsnog recht hebben op loonbetaling over ziekte-dagen.

Een zzp'er die per saldo aangemerkt moet worden als werknemer, heeft ten opzichte van zijn werkgever recht op loon. Na de herkwalificatie zal dat recht op zich niet zonder meer tot een navordering aanleiding geven omdat de zzp'er een honorarium heeft ontvangen en de loonvordering daarmee kan worden verrekend. Soms zal het honorarium een aan het verschuldigde loon vergelijkbaar of hoger bedrag zijn, maar zeker als een cao van toepassing is waarin overwerkvergoedingen en onregelmatigheidstoeslagen zijn voorzien, kan dit anders zijn. Als de gekwalificeerde zzp'er de duur of omvang van de arbeidstijd niet zelf heeft kunnen bepalen, bijvoorbeeld omdat hij is ingeroosterd, rust op de werkgever de verplichting de arbeidstijden te registreren.¹⁵ Dit is alleen anders als wegens de bijzondere kenmerken van de verrichte werkzaamheden de arbeidstijd niet wordt gemeten en/

7 Kamerstukken II, 29 544, 1075, Arbeidsmarktbeleid, verslag van een schriftelijk overleg, 15 september 2021, p. 14.

8 <https://www.zipconomy.nl/2017/12/helft-zzpers-is-geen-zzper-waar-of-niet-waar-een-discussie/>.

9 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (X/Amsterdam).

10 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, JAR 2014/173, m.nt. J. Dop.

11 HR 5 april 2002, NJ 2003, 124, ECLI:NL:HR:2002:AD8186 (ABN AMRO/Malhi).

12 Zie HR 28 juni 1996, NJ 1996, 711 (Verhoef/Van Zuijlen) en Rb. Noord-Nederland 28 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1085.

13 Zie hierover: A.R. Houweling (red.) e.a., Loonstra/ & Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata I*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 169 en G.C. Boot & A.C. Damsteegt, *De zelfstandige zonder personeel*, Monografieën Sociaal Recht 64, Deventer: Kluwer 2014.

14 Vgl. HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1487 (Van Hout/BBO) voor de schulden van een v.o.f.

15 Gerechtshof Amsterdam 16 november 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3519.

of vooraf bepaald kan worden. In bijvoorbeeld de gezondheidszorg, waar vaak zzp'ers worden ingeroosterd in diensten, zal deze uitzondering niet gelden. Door de verplichting de arbeidstijden te registreren, rust op de werkgever die geconfronteerd wordt met een vordering tot nabetaaling van overwerk of onregelmatigheidstoelagen, als uitgangspunt de bewijslast dat het overwerk niet of niet in die mate als de werknemer stelt, is verricht. Hoogstwaarschijnlijk beschikt de werkgever van een geherkwalificeerde zzp'er niet over een dergelijke urenadministratie, zodat deze werkgever bewijsrechtelijk op achterstand staat en zich tegen een dergelijke loonvordering slecht kan verweren. Het is toegestaan overeen te komen dat de werknemer geen recht heeft op een vergoeding van overwerk. Als op dit punt niets is afgesproken, geldt op grond van goed werkgeverschap in beginsel de verplichting dat overwerk te vergoeden.¹⁶ Als het recht op overwerkvergoeding of onregelmatigheidstoelag opgenomen is in een cao die van toepassing is op de arbeidsovereenkomst, is een contractuele afspraak die betaling uitsluit, nietig. Het is afhankelijk van de formulering van het recht op vergoeding voor overwerk en/of onregelmatigheid of het reeds betaalde honorarium voor zover dat hoger is dan het loon, kan worden verrekend met de loonvordering. Over het brutobedrag¹⁷ van de loonvordering zal de werknemer de wettelijke verhoging van art. 7:625 BW kunnen vorderen. De terugwerking van een loonvordering is op grond van art. 3:307 BW beperkt tot vijf jaar.

Daarnaast heeft de geherkwalificeerde zzp'er recht op vakantiedagen en vakantiebijslag gedurende de periode dat hij als werknemer werkte. Voor zover niet op grond van een van toepassing zijnde cao een gunstiger regeling geldt, heeft deze werknemer ten minste recht op twintig vakantiedagen per jaar bij een voltijdse werkweek, dus op een vakantie-uur per dertien gewerkte uren. De vakantiebijslag is gelijk aan een bedrag van 8% van het loon. Overeengekomen kan worden dat de vakantiebijslag in het uurloon is inbegrepen.¹⁸ Als dit niet is gebeurd, of als dat niet voldoende duidelijk gespecificeerd wordt welk deel van het betaalde loon de vakantiebijslag betreft, kan de werknemer de bijslag alsnog vorderen.¹⁹

Het recht op vakantiedagen met behoud van loon is gebaseerd op art. 7 Richtlijn 2003/88 en wordt door het Europese Hof van Justitie als een bijzonder belangrijk beginsel van sociaal recht beschouwd. Hoewel het BW vervallen- en verjaringsregels van vakantiedagen bevat, is het zeer de vraag of een werkgever van een geherkwalificeerde zzp'er zich daarop kan beroepen. Art. 7:640a BW bepaalt dat vakantiedagen zes maanden na het jaar waarin ze zijn opgebouwd vervallen; art. 7:642 BW bepaalt dat een vordering tot toekenning van vakantiedagen verjaart door verloop van vijf jaar na het jaar waarin het recht op vakantie is opgebouwd. Het Hof van Justitie EU heeft al verschillende malen uitgesproken dat vakantie-rechten alleen kunnen vervallen als de werkgever de werknemer (daadwerkelijk) in staat heeft gesteld de vakantie te genieten.²⁰ De werkgever van de geherkwalificeerde zzp'er zal deze werknemer nooit op zijn vakantie-rechten hebben gewezen, laat staan de werknemer daadwerkelijk in staat gesteld hebben om vakantie met behoud van loon te genieten. Dit betekent dat de door de geherkwalificeerde zzp'er gedurende de looptijd van de (achteraf vastgestelde) dienstbetrekking opgebouwde vakantie-rechten niet zijn komen te vervallen door alleen tijdsverloop.²¹ Ik merk hierbij op dat deze redenering geldt voor de wettelijke vakantiedagen. Voor de bovenwettelijke vakantiedagen geldt de verjaringstermijn van art. 7:642 BW in beginsel wel, maar de verjaring daarvan kan worden gestuit.²² Het Hof van Justitie EU heeft overwogen dat het vakantieloon het loon is waarop de werknemer op het moment dat hij vakantie geniet, aanspraak heeft.²³ Door het verloop van tijd zal dit veelal een hoger loon zijn dan het loon waarop de geherkwalificeerde zzp'er aanspraak had op het moment dat hij de respectieve vakantiedagen opbouwde. Als de niet-genoten vakantiedagen moeten worden uitbetaald, wordt de waarde van de vakantiedag berekend aan de hand van het laatstverdiende loon.²⁴ Al met al kunnen bij de herkwalificatie van de zzp'er tot werknemer deze vakantie-rechten dus een groot risico voor de werkgever betekenen.

Na herkwalificatie bestaat de kans dat de verschillende opeenvolgende opdrachtovereenkomsten als tijdelijke arbeidsovereenkomsten moeten worden beschouwd, en dat zodoende krachtens art. 7:668a BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst met de geherkwalificeerde zzp'er wil beëindigen, is daarop het reguliere ontslagrecht van toepassing. Nu de hoogte van de transitievergoeding

16 HR 6 maart 1998, NJ 1998, 527 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:248 (*Level One Holding*). Over dat overwerk is in beginsel vanaf 1 januari 2018 vakantiebijslag verschuldigd, zie hierover M.C. Veenstra, 'De gevolgen van de wijzigingen van de WML voor vakantiebijslag en tijd-voor-tijd-regelingen', TRA 2019/108.

17 HR 24 juni 1994, NJ 1994, 596, ECLI:NL:HR:1994:ZC1410 (*Spaapen/Diesch*).

18 Art. 17 lid 2 Wet Minimumloon en minimumvakantiebijslag. N. Hendriks wijst er in zijn noot bij Rb. Zeeland-West-Brabant 12 december 2018, JIN 2019/118, op dat het betalen van de vakantiebijslag in het maand- of in het uurloon ertoe kan leiden dat werknemers worden weerhouden vakantie op te nemen, waardoor strijdigheid met de Richtlijn 2003/88 zou kunnen ontstaan.

19 Art. 7:626 BW, en in deze zin bijv. Gerechtshof 's Hertogenbosch 21 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2755 en Rb. Rotterdam 11 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8427 (*Co-Pe*).

20 HvJ EU 6 november 2018, C-684/16 (*Max-Planck/Shimizu*).

21 HvJ EU 29 november 2019, ECLI:EU:C:2019:914 (*King/Sash Window Shop*) en in navolging daarvan Ktr. Den Haag 30 maart 2022,

ECLI:NL:RBDHA:2022:2997, JAR 2022/112 (*Vereende*) waarin de geherkwalificeerde zzp'er over elf jaar opgebouwde vakantiedagen uitbetaald krijgt. In vergelijkbare zin: Gerechtshof Den Haag 16 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2386.

22 Gerechtshof Den Haag 16 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2386.

23 HvJ EU 9 december 2021, ECLI:EU:C:2021:987 (*X/Staatssecretaris van Financiën*).

24 Minder stellig: J.R. Vos in *AR updates*, 21 december 2021.

is verbonden aan het aantal dienstjaren, en die dienstjaren uit het verleden na de herkwalificatie meetellen, kan die transitievergoeding aanzienlijk zijn. Vorderingen uit hoofde van beëindiging van de arbeidsovereenkomst vervallen overigens na twee maanden, en wat betreft de transitievergoeding, drie maanden na het ontslag, volgens art. 7:686a lid 4 BW.

5. Pensioen en sociale zekerheid

Vanwege het handhavingsmoratorium dat de Belastingdienst tot 1 januari 2025 hanteert, zal de opdrachtgever tot die tijd geen vorderingen loonheffing en premies sociale zekerheid hoeven te verwachten. Dit wordt anders als de Belastingdienst een aanwijzing heeft gegeven maar deze niet wordt opgevolgd. De naheffing werkt dan terug tot de datum waarop de aanwijzing is gegeven, tenzij sprake is van fraude of kwade trouw.²⁵ De werkgever van de geherkwalificeerde zzp'er loopt dus nauwelijks een risico door de Belastingdienst te worden aangesproken.

De pensioenpremie is wel een groot risico voor werkgevers die onjuist gekwalificeerde zzp'ers laten werken. Als de werkgever valt onder de verplichtstelling van deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds of als de werkgever aan de werknemers in zijn dienst een pensioentoezegging heeft gedaan, kan de werkgever gehouden zijn ook voor de geherkwalificeerde zzp'er de premie of een deel daarvan te betalen. Voor de vordering van een bedrijfstakpensioenfonds geldt een verjaringstermijn van vijf jaar op grond van art. 308 BW. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden overwoog dat die verjaringstermijn pas aanvangt op het moment dat het bedrijfstakpensioenfonds "met de verplichte deelneming bekend was of naar objectieve maatstaven gemeten redelijkerwijs bekend kon zijn en tot heffing is overgegaan dan wel kon zijn overgegaan".²⁶ In zijn annotatie wijst Heemskerk erop dat deze uitleg van opeisbaarheid als objectieve kenbaarheid niet letterlijk in art. 3:308 BW staat, zodat niet zeker is of deze overweging bij de Hoge Raad zal standhouden.²⁷ Het is ook met die uitleg de vraag wanneer de verjaringstermijn aanvangt in het geval het pensioenfonds weet dat bij meer werkgevers personen werken wier overeenkomst moeilijk te kwalificeren is. Ik houd het erop dat de werkgever een aanzienlijk risico loopt dat een pensioenfonds een naheffing oplegt. De pensioenpremie is vaak meer dan 20% van het loon boven de franchise en het werkgeversdeel bedraagt meestal ongeveer twee derde. In veel pensioenregelingen is bepaald dat in geval van te late betaling een toeslag op de premie kan worden gevorderd. Het kan dus gaan om een aanzienlijk bedrag dat een fonds bij een werkgever kan navorderen.

Groter is evenwel nog het risico dat de verplichtgestelde pensioenfonds lopen. De vordering tot toekenning van een pensioen kan bij leven van de pensioengerechtigde met ingang van 1 januari 2007 niet meer verjaren (art. 59 Pensioenwet), voor zover dat eerder al wel kon.²⁸ Dit leidt ertoe dat het pensioenfonds dat verplicht is gesteld, voor een geherkwalificeerde zzp'er die twintig jaar geleden in de dienstbetrekking begon, kan meemaken dat deze werknemer zich meldt met een pensioenaanspraak over die twintig jaar, terwijl het fonds maar pensioenpremie over de afgelopen vijf jaar kan vorderen. A-G De Bock wijst er in haar conclusie voor het Booking-arrest op dat dit zelfs gevolgen kan hebben voor de dekkingsgraad van het fonds.²⁹ Dit gevaar ontstaat niet alleen omdat de aanspraak van de werknemer op pensioen verder teruggaat dan de bevoegdheid van het fonds om premie te innen, maar ook omdat over de achteraf te innen premie het fonds geen rendement heeft kunnen boeken. Het fonds kan over de achterstallige premie de wettelijke rente vorderen die veelal aanzienlijk lager is, en vaak een toeslag waarvan het de vraag is of die dit tekort compenseert. In de Wet toekomst pensioenen, die door de Tweede Kamer in december 2022 is aanvaard, wordt aan dit probleem geen enkele aandacht besteed.³⁰

Het UWV loopt bij herkwalificatie van een zzp'er ook een aanzienlijk risico. De meeste werknemersverzekeringen zijn gerelateerd aan de duur van het dienstverband. Als met terugwerkende kracht wordt vastgesteld dat de zzp'er aangemerkt moet worden als werknemer, telt de tijd die hij heeft gewerkt als werknemer ook mee voor het vaststellen van het recht op een uitkering. Dit kan ertoe leiden dat de geherkwalificeerde werknemer na het ontstaan van arbeidsongeschiktheid een beroep kan doen op een WIA-uitkering of na ontslag op een loongerelateerde uitkering krachtens de WW. Ook bestaat de kans dat door de werkgever aan de geherkwalificeerde zzp'er betaalde transitievergoeding bij einde van de arbeidsovereenkomst na twee jaar ziekte door het UWV gecompenseerd moet worden, terwijl voor het financieren van die uitkeringen of compensatie geen of onvoldoende premie is afgedragen. Deze risico's zijn niet nieuw en hebben zich blijkens de rechtspraak wel eerder verwezenlijkt, zoals in het bekende Gouden Kooi-arrest.³¹

6. Bedingen die de herkwalificatie voor rekening van de werknemer laten

In veel opdrachtovereenkomsten komen bedingen voor waarin het risico van herkwalificatie voor rekening van de werknemer wordt gebracht. Enerzijds betreffen zulke bedingen het verrekenen van de loonvordering die de ge-

25 *Kamerstukken II*, 29 544, 1075, Arbeidsmarktbeleid, verslag van een schriftelijk overleg, 15 september 2021, p. 14.

26 ECLI:NL:GHARL:2021:6158 (*Karmac*) onder 4.30.

27 M. Heemskerk, *TRA* 2022/60.

28 Zie HR 3 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462 (*BPG/Labots*).

29 A-G De Bock, 2 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:890 (*Booking*).

30 Wet Toekomst Pensioenen, *Kamerstukken II*, 2022/23, 36067.

31 HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887 (*Gouden Kooi*).

herkwalificeerde zzp'er heeft op de werkgever met het eerder als honorarium betaalde bedrag, anderzijds betreft het de werkgeverslasten waarvan wordt overeengekomen dat die voor rekening van de werknemer komen. Als het honorarium dat de werknemer ontving een hoger bedrag was dan het loon waarop de werknemer recht had, kan daarmee (voor zover dat het loon te boven gaat) verrekening met de vorderingen van de werknemer plaatsvinden. Als in de cao het recht op een onregelmatigheidstoeslag of overwerkvergoeding is voorzien en de werknemer een honorarium ontving dat hoger was dan het cao-loon, maar lager dan het loon vermeerderd met de onregelmatigheidstoeslag of overwerkvergoeding, heeft de werknemer in ieder geval recht op betaling van het verschil.³² Een beding dat in het honorarium ook eventuele vakantiedagen worden geacht te zijn verrekend, zal in rechte geen stand houden (art. 7:640, 7:641, 7:645 BW). Zoals hiervoor uitgewerkt zal alleen als bij de betalingen aan de werknemer duidelijk gespecificeerd is welk deel daarvan als vakantiebijslag geldt, de maandelijkse betaling van die vakantiebijslag toegestaan zijn.

Soms wordt in de opdrachtovereenkomst ook opgenomen dat het fiscale risico van herkwalificatie voor rekening van de werknemer komt.³³ De minister stelt zich op het standpunt dat dergelijke clausules in de overeenkomst in beginsel geldig zijn, tenzij een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.³⁴ Voor de door de werkgever verschuldigde premies sociale verzekeringen ligt dat anders. Art. 20 en 125 van de Wet Financiering sociale verzekeringen bepalen dat de werkgever de door hem verschuldigde premies niet op de werknemer mag verhalen. Indien een werkgever dat doet, kan tegen die werkgever strafrechtelijk worden opgetreden.³⁵

7. Loopt de zzp'er zelf risico's bij herkwalificatie?

Ik laat in deze bijdrage de fiscale en sociaalverzekeringsrechtelijke problemen in belangrijke mate achterwege, en zal hierover slechts een enkele opmerking maken. Het is niet altijd duidelijk of het aan de zzp'er betaalde bedrag bruto of netto is. Het antwoord op die vraag hangt af van hetgeen partijen precies hebben afgesproken. In het algemeen zal de afspraak zijn dat de werkende zelf verantwoordelijk is voor de afdracht van belasting en premies. Als alleen een maandelijks bedrag is afgesproken, zonder afspraken over afdracht van belasting en premies, zal dat een nettobedrag zijn, zodat de werkgever verantwoordelijk is voor de betaling van belasting en premies.³⁶ Als achteraf

blijkt dat de opdrachtgever als werkgever moet worden beschouwd, is deze werkgever in beginsel inhoudingsplichtig (geweest). Indien de loonbelasting en premies volksverzekeringen niet als voorheffing zijn ingehouden, is de werknemer in beginsel aansprakelijk voor de afdracht,³⁷ tenzij hij te goeder trouw is en erop mocht rekenen dat zijn werkgever zal voldoen aan de verplichting tot inhouding van loonheffing.³⁸ Dit zal gezien de inhoud van de meeste overeenkomsten tussen de geherkwalificeerde zzp'er en zijn opdrachtgever niet het geval zijn.

Hoewel het handhavingsmoratorium zich formeel niet uitstrekt tot de loonbelasting en premies volksverzekeringen³⁹ verwacht ik niet dat het innen daarvan over het verleden prioriteit van de Belastingdienst zal hebben. Deze verwachting baseer ik op de antwoorden van de minister op Kamervragen, waaruit blijkt dat tot op heden bij een herkwalificatie van een zzp'er als werknemer aan die persoon geen naheffingen zijn opgelegd en dat de Belastingdienst 'terughoudend' omgaat met de handhaving op schijnzelfstandigheid bij individuele opdrachtgevers.⁴⁰ Dat geldt dus niet zonder meer voor de geherkwalificeerde zzp'er; maar vanwege het capaciteitsprobleem waarmee de Belastingdienst kampt, is het evenwel niet reëel te verwachten dat de Belastingdienst veel vorderingen bij geherkwalificeerde zzp'ers over het verleden zal instellen.

8. Is er een probleem te verwachten en, zo ja, moet dat worden opgelost?

Niets is zo moeilijk als het voorspellen van de toekomst. Hoe groot de groep zzp'ers zal zijn wier opdrachtovereenkomst na invoering van de beleidsvoornemens geherkwalificeerd wordt, is lastig te voorspellen, maar de kans bestaat dat die groep in omvang aanzienlijk is. Of veel van die geherkwalificeerde zzp'ers zich vervolgens op het standpunt zullen stellen dat ze al veel langer als werknemer aangemerkt (hadden) moeten worden, en of ze daarbij behorende rechten zullen claimen, is op dit moment evenmin met zekerheid te voorspellen. Dat zal afhangen van de wijze waarop de herkwalificatie plaatsvindt en de vrede of onvrede daarover, maar ook van ontwikkelingen in de economie. Ik schat dat de kans op indiening van de vorderingen die ik hiervoor inventariseerde, groot is. Ik zie dus een potentieel probleem dat naar mijn mening beter kan worden voorkomen door tijdig gerichte maatregelen te nemen, dan het erop aan te laten komen.

³² HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2623 (*Teunissen/Welter*).

³³ Zie bijv. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1272, onder r.o. 6.11.

³⁴ *Kamerstukken II*, Aanhangsel van de Handelingen 2022/23, 713 (vragen over naheffing schijnzelfstandigheid), antwoord 10.

³⁵ *Kamerstukken II*, Aanhangsel van de Handelingen 2022/23, 713 (vragen over naheffing schijnzelfstandigheid), antwoord 8.

³⁶ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11655.

³⁷ Zie art. 38 lid 1, aanhef en onderdeel a, IW 1990 en art. 60 lid 2 Wfsv.

³⁸ Th.J.M. van Schendel, 'Het verrekenen van geheven loonheffing', *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen* 2018/2 (2018/5).

³⁹ Zie over het moratorium: Brief van 16 december 2022 van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Voortgangsbrief werken met en als zelfstandige(n).

⁴⁰ *Kamerstukken II*, Aanhangsel van de Handelingen 2022/23, 713 (vragen over naheffing schijnzelfstandigheid).

Van belang voor de invulling van de maatregelen om deze vorderingen te reguleren, is het antwoord op de vraag of bij de herkwalficatie sprake is van het rechtzetten van een door de werkgever afgedwongen constructie, of dat er sprake is van een door beide partijen aanvaarde constructie die in het licht van art. 7:610 BW onjuist is. Als de werkgever de onjuiste kwalificatie van de arbeidsrelatie zou hebben afgedwongen, ligt het meer voor de hand hem te belasten met het risico van mogelijke navorderingen wegens een herkwalficatie naar arbeidsovereenkomst,⁴¹ dan wanneer de onjuiste kwalificatie door de werknemer samen met de werkgever is geïnitieerd.⁴² Het is in het algemeen niet met zekerheid te zeggen wie het initiatief nam tot het aangaan van een opdrachtovereenkomst die eigenlijk als arbeidsovereenkomst had moeten worden gesloten. Volgens een door Zipconomy verricht onderzoek zou ongeveer 12% van de zzp'ers liever in loondienst werken.⁴³ Uit een ISZW-onderzoek⁴⁴ van 2020 is af te leiden dat bijna 8% van de zelfstandigen zich in een kwetsbare positie bevindt. Dat een zzp'er een kwetsbare positie heeft, betekent uiteraard nog niet dat het zzp-schap hem is opgedrongen. De SER neemt aan dat in beperkte mate sprake is van een gedwongen keuze om als zzp'er te werken en verwijst naar ouder onderzoek waaruit blijkt dat in de bouwsector minder dan 5% van de zzp'ers zegt zich werkelijk gedwongen te hebben gevoeld als zzp'er de werkzaamheden te verrichten.⁴⁵ Uit minder representatief ogend onderzoek volgt dat in de gezondheidszorg ongeveer 5% van de zzp'ers zegt dat sprake is van gedwongen zzp-schap.⁴⁶ De door de SER gebezigde woorden 'gedwongen keuze' indiceren al het probleem: het blijft een keuze om als zzp'er te werken en als de zzp'er zich gedwongen voelt om zijn arbeid als zzp'er aan te bieden, betekent dit niet zonder meer dat de opdrachtgever voor wie hij thans werkt, daarvan een verwijt te maken valt en evenmin dat de opdrachtgever bij wie hij zijn arbeid verricht, hem tot die keuze heeft gedwongen. Uit persberichten blijkt wel dat – in de context van de huidige personeelsschaarste – in de gezondheidszorg en kinderopvang veel werkgevers zich door de zzp'er voor het blok gezet voelen om opdrachtovereenkomsten te sluiten waar zij liever een arbeidsovereenkomst zouden aangaan.⁴⁷ Ik concludeer voorzich-

tig dat in verreweg de meeste gevallen het werken als zelfstandige ook een bewuste keuze van de werkende is.

Alles overziend acht ik het raadzaam als de regering bij de uitvoering van het beleidsvoornemen om de arbeidsovereenkomst te verduidelijken en beter te handhaven door onder meer het handhavingsmoratorium te laten vervallen, ook een overgangsregeling opstelt. Die overgangsregeling zal ertoe moeten leiden dat herkwalficatie van een opdrachtovereenkomst tot een arbeidsovereenkomst zich maar beperkt over het verleden kan uitstrekken. Goed denkbaar is daarbij te kiezen voor terugwerking niet verder dan tot 24 maart 2023, de datum waarop de Hoge Raad het Deliveroo-arrest⁴⁸ wees, omdat vanaf dat moment voldoende duidelijk zou moeten zijn hoe de overeenkomst had moeten worden gekwalificeerd. Daarbij heeft het mijn voorkeur te bepalen dat de rechten en verplichtingen tussen partijen van voor die datum worden geacht te volgen uit de door hen gekozen overeenkomst, tenzij zich daartegen de bijzondere omstandigheden van het geval verzetten. Deze uitzondering zal dan moeten gelden voor echte misbruikconstructies die door de werkgever zijn opgezet. Daarnaast zal een uitzondering moeten worden gemaakt voor vorderingen die reeds zijn ingediend bij werkgever of rechter voor een bepaalde datum.

9. Afsluiting

Ik heb geconstateerd dat een herkwalficatie van zzp'ers kan leiden tot grote aantallen belastende vorderingen die voortvloeien uit mogelijk langdurig werknemerschap. Of die vorderingen daadwerkelijk zullen worden ingediend, is ongewis, maar als ze worden ingediend, is de kans van toewijzing groot. In het kader van een redelijke risicoverdeling denk ik dat het – bijzondere gevallen daargelaten – voor de hand ligt die aan de herkwalficatie verbonden risico's niet ten laste van de werkgever, pensioenfondsen en UWV te laten. Het lijkt me eerder aangewezen te bepalen dat de eerder door partijen gekozen contractvorm wordt gerespecteerd en de herkwalficatie alleen voor de toekomst werking te laten hebben.

41 Zie over het 'van twee walletjes eten' door de zzp'er die om herkwalficatie vraagt: E. Verhulp, *Het definiëren van de arbeidsovereenkomst*, in: L. Holtus, Deining, Liber Amicorum mr. dr. J.J.M. de Laat, Sdu, 2019, p. 258.

42 HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*) is waarschijnlijk van die risicoverdeling het gevolg.

43 <https://zipconomy.nl/wp-content/uploads/2021/11/De-zzper-bestaat-wel-feiten-over-zelfstandigen-zonder-personeel.pdf>, p. 27.

44 ZZP'ers en bestaanszekerheid, een verkenning door ISZW-programma Toezicht SUWI, 5 juni 2020.

45 SER, *Zzp'ers in beeld*, Advies 10/04, oktober 2010, p. 140, 194 en p. 195.

46 <https://www.zzp-erindezorg.nl/blog/onderzoek-95-kiest-vrijwillig-voor-zzp-in-de-zorg>.

47 WNL, *Zzp'ers in de zorg*, 12 maart 2023, <https://wnl.tv/2023/03/12/zzpers-in-de-zorg-het-probleem-of-juist-de-oplossing-voor-het-personeelstekort/>, *de Telegraaf*, *Werknemers in de zorg worden liever zzp'er*, 22 december 2022.

48 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*).