



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De gevolgen van de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst

Boot, G.C.

Citation

Boot, G. C. (2023). De gevolgen van de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst. *Nederlands Juristenblad*, 98(28), 2370-2377. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3715498>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3715498>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De gevolgen van de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst

Gerrard Boot¹

Met kwalificatie wordt erop bedoeld dat de overeenkomst, waarvan partijen meenden dat het een opdracht-overeenkomst was, door de rechter als arbeidsovereenkomst wordt geduid. Nu de Hoge Raad, net als eerder het Hof Amsterdam, kwalificeerde dat Deliveroo-bezorgers, anders dan was overeengekomen, een arbeidsovereenkomst hebben, zal naar verwachting meer dan nu het geval is, in plaats van als opdrachtnemer, als werknemer gewerkt gaan worden. Dit artikel gaat over de gevolgen van zo'n kwalificatie. Tegen welk loon gaat gewerkt worden? Welke arbeidsvoorwaarden gelden?

Aanleiding

De Hoge Raad liet op 24 maart 2023² het oordeel van Hof Amsterdam,³ dat de Deliveroo-bezorgers, anders dan contractueel was bepaald, werken op basis van een arbeidsovereenkomst, in stand. De nu demissionaire minister Van Gennip van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft op 3 april 2023⁴ haar plannen over de vormgeving van de arbeidsmarkt geconcretiseerd, waarbij zij heeft aangekondigd dat een deel van de werkzaamheden die thans op zzp-basis plaatsvinden, zullen worden aangemerkt als te zijn verricht op basis van een arbeidsovereenkomst. In navolging van het advies van de SER⁵ zal er zelfs een rechtsvermoeden worden uitgewerkt, inhoudend dat wanneer voor werkzaamheden minder dan € 30 tot € 35 per uur wordt betaald, dit tot het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst leidt. Deze ontwikkelingen maken dat naar verwachting meer dan nu het geval is, in plaats van als opdrachtnemer, als werknemer gewerkt zal gaan worden. Dat kan gebeuren doordat partijen gezamenlijk besluiten in plaats van een opdracht-overeenkomst, een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Zij kunnen daarbij dan zelf de inhoud van die arbeidsovereenkomst bepalen. Het is ook mogelijk dat partijen niet zelf een arbeidsovereenkomst sluiten, maar dat een van hen, of zelfs een buitenstaander – zoals een vakbond of een pensioenfonds –, verzoekt de opdracht-overeenkomst te kwalificeren tot een arbeidsovereenkomst. Er wordt dan aan de rechter gevraagd, net zoals dat in de *Deliveroo*-zaak het geval was, om te bepalen dat de gesloten overeenkomst – meestal is dat een opdracht-overeenkomst – een arbeidsovereenkomst is. Zo'n vordering kan worden afgevoerd, en dan verandert er niks. De vordering kan ook

worden toegewezen, en dan bepaalt de rechter, net als in de *Deliveroo*-zaak, dat de overeenkomst een arbeidsovereenkomst is. Een dergelijk oordeel wordt in de buitenlandse literatuur meestal herkwalificatie genoemd. Omdat het volgens Nederlands recht niet aan partijen is om te bepalen of iets een arbeidsovereenkomst is, is het zuiverder om te spreken over 'kwalificatie' van de overeenkomst door de rechter.⁶ Met de kwalificatie wordt er dan op bedoeld dat de overeenkomst, waarvan partijen meenden dat het een opdracht-overeenkomst was, door de rechter als arbeidsovereenkomst wordt geduid. Kwalificatie is niet beperkt tot het arbeidsrecht, het vindt ook plaats bij andere benoemde overeenkomsten, zoals de huur- of de pacht-overeenkomst.⁷ Dit artikel gaat over de gevolgen van zo'n kwalificatie. Wat is de inhoud van de gekwalificeerde overeenkomst? Daaraan vooraf gaat de vraag wat kwalificatie is. Vanwege de huidige maatschappelijke discussie gaat het vooral over de kwalificatie van (of: tot) de arbeidsovereenkomst.⁸

1. Wat is kwalificeren?

Kwalificatie is in de wet niet geregeld, maar opvallend genoeg komt het woord amper voor in bijvoorbeeld de Asser-serie.⁹ Kwalificatie is niet te beschouwen als een vorm van conversie, want conversie houdt in dat aan een nietige rechtshandeling de werking toekomt van een andere, rechtsgeldige rechtshandeling (artikel 3:42 BW). De opdracht-overeenkomst, die wordt gekwalificeerd tot arbeidsovereenkomst, is echter niet nietig: hij wordt slechts op andere wijze dan als opdracht-overeenkomst geduid. Kwalificeren is dus niet een vorm van conversie. Maar wat is het dan wel? Dat is in de wet niet geregeld,

Kwalificeren is dus niet een vorm van conversie. Maar wat is het dan wel? Dat is in de wet niet geregeld, noch in de jurisprudentie

noch in de jurisprudentie. Duidelijk is wel dat door de kwalificatie de duiding, of zo men wil: het etiket, van de overeenkomst wordt bepaald of veranderd. Maar wat betekent dat dan voor de inhoud van die aldus geherkwalificeerde overeenkomst? Blijft die hetzelfde, maar in plaats van als opdrachtovereenkomst nu als arbeidsovereenkomst? Of ligt het ingewikkelder? Daarover gaat de rest van dit artikel.

2. De gevolgen van kwalificatie: een eerste gedachte

Als men kennisneemt van de Nederlandse gepubliceerde arbeidsrechtelijke jurisprudentie¹⁰ lijkt het eenvoudig: als een overeenkomst wordt gekwalificeerd dan blijven de belangrijkste kenmerken van de overeenkomst behouden, maar dan onder de noemer van een arbeidsovereenkomst. Tot die belangrijkste kenmerken behoort vooral: het overeengekomen loon. Vanuit die gedachte betekent het kwalificeren van een opdrachtovereenkomst, waarin een all-in uurloon van € 50 was bepaald, dat er nu een arbeidsovereenkomst is met een uurloon van € 50. Een arbeidsovereenkomst met een uurloon van € 50 betekent in beginsel

dat boven op dat loon recht bestaat op vakantietoelage, doorbetaalde vakantiedagen, en de overige uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten, zoals doorbetaling bij ziekte. Op het uitgangspunt dat de inhoud van de opdrachtovereenkomst behouden blijft, maar dan als arbeidsovereenkomst, bestaat direct al een uitzondering, namelijk in het geval dat het als opdrachtnemer overeengekomen loon lager is dan het wettelijk minimumloon. De *Deliveroo*-zaak was daarvan een voorbeeld. Menig bezorger ontving als opdrachtnemer een loon lager dan het wettelijk minimumloon. Als gekwalificeerde werknemer bestaat dan aanspraak op in ieder geval het minimumloon. Indien op de overeenkomst een cao van toepassing is (aangaande Deliveroo loopt daarover nog de cassatiezaak),¹¹ dan wordt het opdrachtnemersloon verder verhoogd tot het cao-niveau.

Maar wat nu indien het opdrachtnemersloon (duidelijk) hoger ligt dan het cao-loon? Vormt het opdrachtnemersloon dan ook het uitgangspunt voor de arbeidsovereenkomst, met als gevolg dat daar boven op dan recht bestaat op vakantietoelage, doorbetaalde vakantiedagen enzovoort? Er zijn situaties dat dat niet redelijk voorkomt. Het is deze groep opdrachtnemers, met een hoger dan het gebruikelijke of het cao-loon, die beantwoording van de vraagstelling – wat zijn de gevolgen van kwalificatie? – niet eenvoudig maakt. Ik noem daarbij drie voorbeelden. Ten eerste de verloskundige,¹² die als zzp'er een uurtarief hanteert van € 70 (exclusief BTW). Het maandsalaris van een verloskundige in loondienst bedraagt – afhankelijk van de ervaring en waar precies wordt gewerkt en daarmee welke cao van toepassing is – ongeveer € 3.500 tot € 4.500 bruto per maand, op voltijdsbasis. Dat komt neer op een uurloon van ongeveer € 25 tot € 32. Zelfs indien rekening wordt gehouden met de 'waarde' van de arbeidsovereenkomst

Auteur

1. Prof. mr. G.C. Boot is hoogleraar Arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden en raadsheer in het Hof Amsterdam.

Noten

- HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.
- Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392.
- Brief Minister Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan Voorzitter Tweede Kamer, 3 april 2023, Voortgang uitwerking arbeidsmarktpakket.
- SER-advies, *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*, 21/08 2 juni 2021.
- De Nederlandse juridische literatuur is hierover niet eenduidig. K. Janssens, 'Hernieuwde kwalificatie: van opdracht- naar arbeidsovereenkomst en vice versa', *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context*, nr. 2, juli 2023, rept zowel over 'kwalificatie' als over 'herkwalificatie'. E. Verhulp, 'Werknemer met terugwerkende kracht? Over de vorderingen van de geherkwalificeerde

zzp'er', *TRA*, mei 2023, noemt het proces 'herkwalificeren'. Omdat in de Nederlandse niet-arbeidsrechtelijke literatuur veelal gesproken wordt over 'kwalificatie' door de rechter (zie onder andere de voetnoten 5 en 26 in het artikel van Janssens) zal ik die term in dit artikel ook gebruiken.

- Een voorbeeld van het kwalificeren van een pachtovereenkomst tot een huurovereenkomst betreft ECLI:NL:GHARL:2021:5822. Aldaar verkreeg de aanvankelijk als pachter aangeduide gebruiker met terugwerkende kracht huurbescherming en was de ontruiming die in strijd daarmee had plaatsgevonden onrechtmatig, wat aanspraak gaf op schadevergoeding.
- Janssens besteedt in zijn hiervoor genoemde artikel ook aandacht aan de omgekeerde situatie, namelijk dat er wordt gekwalificeerd tot een opdrachtovereenkomst, daar waar partijen meenden dat het een arbeidsovereenkomst betrof.
- Ik trof het slechts aan in Asser/Biemans & van Schaick 7-1A 2021/248 en 250 (Kredietovereenkomst). Evenmin is daar te vinden het in plaats van kwalificatie of herkwalifi-

catie ook wel gebruikte woord 'herduiding'.

- In *AR-Updates* zijn vanaf 2018 25 zaken te vinden waarbij er is geherkwalificeerd, en waarbij er ook specifieke werknemersrechten werden geclaimd. Ik vermeld hierbij uitsluitend de ECLI-nummers. ECLI:NL:GHARL:2023:786; ECLI:NL:RBNHO:2022:10168; ECLI:NL:RBAMS:2022:6002; ECLI:NL:GHARL:2022:4294; ECLI:NL:RBDHA:2022:4119; ECLI:NL:GHAMS:2021:2741; ECLI:NL:RBAMS:2021:5029; ECLI:NL:RBROT:2021:7823; ECLI:NL:RBOBR:2020:6952; ECLI:NL:RBDHA:2021:3432; ECLI:NL:RBNNE:2020:4471; ECLI:NL:RBROT:2020:7877; ECLI:NL:RBGEL:2020:3842; ECLI:EU:C:2020:572; ECLI:NL:RBAMS:2020:3420; ECLI:NL:RBOBR:2019:5071; ECLI:NL:GHSHE:2019:2399; ECLI:NL:RBAMS:2018:5779; ECLI:NL:RBDHA:2022:1174; ECLI:NL:RBDHA:2022:2997 (*Vereende*);

ECLI:NL:RBDHA:2021:8501;

ECLI:NL:GHAMS:2019:768;

ECLI:NL:RBLIM:2021:6281;

ECLI:NL:GHDHA:2019:2391;

ECLI:NL:GHARL:2021:11655 (*kapitein*).

11. A-G De Bock heeft op 24 februari 2023 haar conclusie genomen, ECLI:NL:PHR:2023:224.

12. Over dit onderwerp zal ook een wat uitgebreider en meer op het specifieke arbeidsrecht gericht artikel verschijnen in het tijdschrift *ArbeidsRecht*. Dat artikel is geschreven samen met vijf Leidse masterstudenten, J. B. Bakker, L. Biemond, A. van der Meij, R. Tahmasian en R.C. van der Veen. De aanleiding voor dat artikel vormde een in maart 2023 gegeven opdracht voor het vak *Privatissimum* aan de Universiteit Leiden. In dat kader werden door de studenten zzp'ers geïnterviewd. Die interviews vormden mede aanleiding voor het onderhavige onderzoek. Met andere woorden: de voorbeelden zijn aan de werkelijkheid ontleend.



(zoals vakantietoeslag, vakantiedagen, doorbetaling bij ziekte en zo meer, waarover meer hierna) dan is het zzp-uurtarief al veel hoger dan het werknemersloon. Een tweede voorbeeld betreft de cao Architecten. In die cao staan allerlei loonschalen, behorend bij verschillende functies. Artikel 18 van de cao voorziet er in dat de betreffende werkzaamheden ook op basis van een opdrachtovereenkomst, dus als zzp'er, kunnen worden verricht. In dat geval geldt op grond van artikel 18 van de cao het werknemersloon, verhoogd met 50% en verhoogd met 8% vakantietoeslag. Bij elkaar dus verhoogd met 58%. Een variant van de cao Architecten

doet zich, ten derde, voor in de omroepwereld. De werkgeversorganisaties en de vakbonden hebben daar niet in een cao, maar in een Convenant afgesproken dat wanneer met een werkende een zzp-overeenkomst wordt gesloten, het werknemersloon verhoogd met 50% wordt betaald. Als in deze drie gevallen de zzp'er wordt gekwalificeerd tot werknemer: zou dan voor de arbeidsovereenkomst het (hoge) zzp-loon tot uitgangspunt moeten worden genomen? Dus krijgt de verloskundige een arbeidsovereenkomst met een bruto uurloon van € 70, en krijgen de architecten- en de omroepmedewerkers een arbeidsovereenkomst waarbij de

loonhoogte 58% respectievelijk 50% hoger is dan dat van de niet-geherkwalificeerde werknemers? Dat komt niet redelijk voor. In dat hoge zzp-loon was immers de waarde van de arbeidsovereenkomst al (royaal) verdisconteerd. Het is dan dubbelop dat hoge uurloon nogmaals te gaan verhogen met de werknemersrechten. Kan een dergelijke consequentie echter worden voorkomen? Of moet ook in zo'n situatie dat hoge zzp-loon in geval van kwalificatie als uitgangspunt worden genomen?

3. Het overnemen van zzp-loon als werknemersloon

Er is een belangrijk argument het zzp-loon na kwalificatie als uitgangspunt te nemen, en dat betreft de werknemersbescherming. Een van de belangrijkste kenmerken van het arbeidsrecht is – naast de ordeningsfunctie – ongelijkheidscompensatie. Als een werkgever de fout heeft gemaakt een onjuist soort contract aan te gaan, dan behoort de werkgever daarvan de consequenties te dragen, zo kan men betogen. Als dat niet zou gebeuren, dan kan een 'kwaadwillende' opdrachtgever (die na kwalificatie dus werkgever blijkt te zijn) zonder risico een onjuist contract aangaan, want het kwalificeren kost hem dan niks extra's. De voorstellen van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 april 2023 lijken gebaseerd op die gedachte, want deze plannen lijken tot uitgangspunt te

Niets wijst erop dat de minister iets anders voor ogen heeft dan dat die zzp-uurtariefgrens de basis wordt voor de geherkwalificeerde arbeidsovereenkomst

hebben dat na kwalificatie het zzp-loon het werknemersloon wordt. Het duidelijkste is dat bij het rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst voor zzp'ers met een uurtarief lager dan € 30 tot € 35. In het (concept)verslag van het schriftelijk overleg op 31 mei 2023 staat als antwoord van de betreffende minister op een vraag vermeld:

'Het rechtsvermoeden ziet op de arbeidsrelatie waarin wordt gewerkt tegen een uurtarief dat ligt onder de voor het rechtsvermoeden geldende uurtariefsgrens. Indien vervolgens blijkt (al dan niet door middel van het inroepen van het rechtsvermoeden) dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, dan is er vanaf de datum van aanvang van deze arbeidsrelatie sprake van een arbeidsovereenkomst.'¹³

Niets wijst erop dat de minister iets anders voor ogen heeft dan dat dat zzp-uurtarief de basis wordt voor de geherkwalificeerde arbeidsovereenkomst.

4. Bezwaren tegen het overnemen van zzp-loon als werknemersloon

De bezwaren tegen het hanteren van het zzp-loon als werknemersloon doen zich voor bij die zzp'ers die een hoger loon hebben dan dat wat een werknemer in eenzelfde of vergelijkbare functie zou verdienen. De hierboven genoemde verloskundige is daarvan een duidelijk voorbeeld. Dat bezwaar klemt te meer, wanneer het de zzp'er is die heeft aangedrongen op de zzp-constructie, en de werkgever mogelijkerwijs altijd voorkeur heeft gehad voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst, maar daar vanwege de krappe arbeidsmarkt en het moeten opvullen van de vacature van heeft afgezien. Het kan daarbij zo zijn dat het zzp-loon op een kenbare wijze is afgeleid van het werknemersloon, en met een bepaald percentage verhoogd, zoals in de cao Architecten of in de omroepwereld gebeurt. Het kan ook zo zijn dat dat op een niet kenbare manier gebeurt, zoals bij de verloskundige. Het nog eens moeten verhogen van dat toch al hoge zzp-loon kan tot een onredelijke of zo men wil onaanvaardbare uitkomst leiden. Wat zijn dan de mogelijkheden om te voorkomen dat dat hoge zzp-loon als uitgangspunt voor het werknemersloon zou moeten gelden? Ik zal die mogelijkheden een voor een langslopen.

Een ander probleem bij het overnemen van het zzp-loon als werknemersloon doet zich voor wanneer de gekwalificeerde werknemer onder een standaard-cao valt. Toepassing van een standaard-cao betekent dat de werkgever niet minder, maar ook niet meer mag betalen, dan het cao-loon. De cao Ziekenhuizen is zo'n standaard-cao.

5. Zzp-loon of gebruikelijk loon: artikel 7:618 BW?

Het eerste argument om te ontkomen aan het uitgangspunt 'zzp-loon wordt werknemersloon' vormt het ter discussie stellen van het uitgangspunt dat het zzp-loon na kwalificatie ook het werknemersloon wordt. Betoogd kan worden dat partijen (laten we als voorbeeld weer de verloskundige nemen) een uurtarief hebben afgesproken voor het geval, of in de veronderstelling, dat dit een opdrachtovereenkomst betrof. Voor de situatie dat de arbeidsrelatie geen opdrachtovereenkomst, maar een arbeidsovereenkomst blijkt te zijn, hebben zij geen afspraken over de loonhoogte gemaakt. De gekwalificeerde arbeidsovereenkomst is daarmee een arbeidsovereenkomst waarbij de hoogte van het loon niet is vastgesteld. Artikel 7:618 BW bepaalt dat dan het gebruikelijke loon, of bij het niet kunnen vaststellen daarvan: het billijke loon, geldt. Voor de verloskundige zou dat dan betekenen dat in plaats van een uurloon van € 70 (als zzp'er) een uurloon als werknemer van € 25 tot € 32 gaat gelden (het gebruikelijke loon) dan wel een billijk loon. Voor de vaststelling van het billijke loon zou het aanvankelijk overeengekomen uurloon van € 70 kunnen worden teruggerekend, bijvoorbeeld door het te delen met een factor van bijvoorbeeld 150/100¹⁴ om aldus de waarde van de

¹³. Verslag van een schriftelijk overleg, Voortgang werken met en als zelfstandige(n), Kamerstukken II 2022/23, 31311, nr. 247, p. 22.

¹⁴. Voor het geval de 'waarde' van de rechten die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst op 50% van het brutoloon wordt gesteld.

Wanneer de regeling omtrent conversie analoog wordt toegepast, dan moet worden gekeken naar datgene wat partijen, naar moet worden aangenomen, zouden hebben afgesproken, indien zij zich van de onjuiste ‘kwalificatie’ bewust waren geweest

gekwalficeerde arbeidsovereenkomst vergelijkbaar te krijgen met het zzp-contract. Zoals al opgemerkt: dit laatste is niet mogelijk wanneer een standaard-cao van toepassing is. Voor verloskundigen die werkzaam zijn in ziekenhuizen is dat het geval, omdat dan de cao Ziekenhuizen van toepassing is, voor verloskundigen in academische ziekenhuizen geldt de cao UMC, ook een standaard-cao.

6. Semi-conversie

Zoals hierboven gemeld is kwalificeren niet aan te merken als een vorm van conversie. Het aangaan van een opdrachtsovereenkomst is immers geen nietige rechtshandeling. Wanneer echter wordt aangesloten bij de regeling omtrent conversie, en deze regeling – analoog – wordt toegepast, dan moet worden gekeken naar datgene wat partijen, naar moet worden aangenomen, zouden hebben afgesproken, indien zij zich van de onjuiste ‘kwalificatie’ bewust waren geweest. Als het gaat om de architecten of het omroeperspersoneel lijkt dat makkelijk vast te stellen. Wanneer de zzp-architect, die nu een uurloon heeft gekregen van 158% van het werknemersloon, geweten had dat hij werknemer was, dan zou met zijn werkgever waarschijnlijk het reguliere (100%) werknemersloon zijn overeengekomen. Er moet immers van worden uitgegaan dat deze (cao)partijen de waarde van de rechten voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst op 58% van het ‘kale bruto loon’ hebben gesteld, wat een totaal oplevert van 158%. Hetzelfde geldt voor het omroeperspersoneel, al is de waarde van de arbeidsovereenkomst daar op 50% bepaald. Of de zzp-verloskundige bereid zou zijn geweest tegen een uurloon van € 25 tot € 32 te gaan werken is de vraag. Misschien niet, gelet op de hoogte van de als zzp’er gemaakte afspraak. Maar wanneer het voor de verloskundige duidelijk was dat het werken als zzp-verloskundige domweg niet mogelijk was, en er enkel op basis van een arbeidsovereenkomst kon worden gewerkt, dan was misschien toch wel voor het laatste, met het daarbij behorende loon gekozen.

De Franse Cour de Cassation, civiele sociale kamer, oordeelde in 2022¹⁵ in een langlopende kwestie (het in 2007 gesloten contract werd in 2011 geherkwalificeerd¹⁶ waarna de beroepsrechter in 2017 het werknemersloon vaststelde) over het geval van een chauffeur die van onderaannemer werd geherkwalificeerd tot werknemer. Het als zzp-er overeengekomen salaris bedroeg € 2805 op maandbasis. Het gerechtshof had het voor de geherkwalificeerde arbeidsovereenkomst geldende salaris vastgesteld op € 1287,67 bruto per maand, daarbij uitgaande van het reguliere cao-loon. Het tegen die beslissing gerichte cassatiemiddel werd door de Cour de Cassation ongegrond verklaard. De Cour de Cassation overwoog dat, bij afwezig-

heid van andere elementen waaruit de overeenstemming van partijen over het (werknemers)loon kon worden vastgesteld, het gerechtshof het werknemersloon kon vaststellen door uit te gaan van de bepalingen uit de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst.¹⁷

7. Wilsgebrek?

Is het denkbaar dat de nieuwe werkgever zich erop beroept dat het kwalificeren een wilsgebrek vormt, en dat op grond daarvan (gedeeltelijke) vernietiging kan worden ingeroepen? Die vernietiging zou dan kunnen inhouden dat in plaats van een uurtarief van € 70 voor de verloskundige, na kwalificatie een lager tarief als werknemer geldt. De bepalingen omtrent de wilsgebreken zijn op het aangaan van de arbeidsovereenkomst van toepassing. In 2020 nog oordeelde de Hoge Raad¹⁸ dat het plegen van bedrog bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst tot vernietiging van die arbeidsovereenkomst kan leiden. Toch lijkt het niet voor de hand te liggen dat de werkgever in geval van kwalificatie beroep kan doen op een wilsgebrek. De Hoge Raad heeft namelijk in het *Participatieplaats*-arrest bepaald, dat het niet aan partijen is om de overeenkomst op basis waarvan werkzaamheden worden verricht, te kwalificeren. Als partijen over die kwalificatie geen zeggenschap hebben, is het moeilijk voor te stellen dat een onjuist begrip omtrent die kwalificatie een wilsgebrek zou kunnen vormen.

8. Beroep op de onaanvaardbaarheid

Op de eis tot nakoming van de gekwalificeerde arbeidsovereenkomst is het algemeen vermogensrecht van toepassing, waaronder artikel 6:248 lid 2 BW. Het door de gekwalificeerde verloskundige eisen dat als werknemer een uurloon geldt van € 70, zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn. Het is echter algemeen bekend dat van onaanvaardbaarheid slechts in uitzonderlijke gevallen sprake is. Misschien is een werknemersuurtarief van € 70 – daar waar een cao-loon geldt van € 25 tot € 32 – onaanvaardbaar, maar geldt dat ook bij een uurtarief van € 60, of van € 50? Als de praktijk zijn toevlucht zou moeten nemen tot de onaanvaardbaarheidsescape, dan zal dat tot een enorme casuïstiek leiden.

9. Een laatste oplossing om ‘onredelijke’ uitkomsten te vermijden: ieder werknemersrecht apart bekijken

Wanneer het niet mogelijk zou zijn om met toepassing van artikel 7:618 BW dan wel analoog aan artikel 3:42 BW tot een ‘redelijkheidsoordeel’ te geraken, dan is het zinvol

te kijken of na kwalificatie met behoud van het zzp-loon alle beschermende arbeidsrechtelijke bepalingen van toepassing zijn, of dat dat verschilt van recht tot recht. Wat zijn de relevante beschermende bepalingen als de overeenkomst wordt gekwalificeerd? Daarbij is – voor sommige soorten rechten – van belang of met terugwerkende kracht wordt gekwalificeerd, of alleen voor de toekomst.¹⁹

9.1. Ontslagbescherming

Wanneer een overeenkomst een arbeidsovereenkomst blijkt te zijn, dan zijn de ontslagbeschermende bepalingen op die overeenkomst van toepassing. Het ontslagrecht is, hoewel dat niet bij alle relevante wetsbepalingen met zoveel woorden is vermeld, van dwingendrechtelijke aard. Het dwingendrechtelijk karakter van het ontslagrecht komt in een veelheid aan jurisprudentie, ook van de Hoge Raad, tot uitdrukking.²⁰ Veel zaken waarbij kwalificatie wordt geclaimd, hebben als direct doel beroep te kunnen doen op het voor werknemers geldende ontslagrecht. De toepasselijkheid van dat ontslagrecht betekent dat een zonder voorafgaande toestemming van het UWV of kantonrechter gegeven ontslag vernietigbaar is, dat de voor werknemers geldende specifieke opzegverboden van toepassing zijn, en dat de gekwalificeerde werknemer aanspraak kan maken op de ontslagvergoedingen. Ik zie geen mogelijkheid om aan deze beschermende bepalingen te ontkomen, en ik zie ook geen reden om dat na te streven. Ontslagbescherming is wezenlijk voor het zijn van werknemer. Iets anders is het of de kwalificatie onder omstandigheden grond voor ontslag zou kunnen vormen. Denkbaar is dat kwalificatie tot zoveel extra kosten voor de werkgever leidt, dat om bedrijfseconomische redenen (de zogenaamde a-grond) of om 'overige redenen' (de zogenaamde h-grond van artikel 7:669 lid 3 BW) beëindiging van het dienstverband wordt nagestreefd. Maar ook in dat geval moet het ontslagrecht 'gewoon' worden toegepast.

9.2. Loon

Over de hoogte van het loon is hiervoor al veel geschreven. Wanneer de zzp'er wordt gekwalificeerd tot werknemer zijn op die overeenkomst de artikelen 7:616 e.v. BW van toepassing. De toepasselijkheid van artikel 7:628 BW betekent dat in geval van niet-werken, de werknemer aanspraak heeft op doorbetaling van loon, tenzij het niet-werken in de risicosfeer van de werknemer ligt. Als er met terugwerkende kracht wordt gekwalificeerd, en er in het verleden bepaalde periodes niet is gewerkt, dan is denkbaar dat die omstandigheid – afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval – geacht worden in de risicosfeer van de werknemer te liggen. Voor de toekomst is daar minder aanleiding voor, omdat vanaf het moment van kwalificatie de voormalige zzp'er een 'gewone' werknemer is.

De vraag of de werkgever op grond van artikel 7:629 BW over het verleden ziekengeld moet betalen, zal er waarschijnlijk van afhangen of die ziekte nog kan worden vastgesteld

Artikel 7:629 BW geeft aanspraak op doorbetaling bij ziekte. Wanneer de gekwalificeerde werknemer in het verleden ziek blijkt te zijn geweest, bestaat er niet zoiets als een risicoverdeling om als werkgever aan doorbetaling van loon te ontkomen. Wel zal vastgesteld moeten worden dat de werknemer toentertijd ook arbeidsongeschikt was. Hij zal zich destijds waarschijnlijk niet hebben ziek gemeld, en er zal daarom ook geen ziektecontrole hebben plaatsgevonden. De vraag of de werkgever op grond van artikel 7:629 BW over het verleden ziekengeld moet betalen, zal er daarom waarschijnlijk van afhangen of die ziekte nog kan worden vastgesteld. Voor ziekmeldingen na het moment van kwalificatie gelden er geen bijzonderheden. De gekwalificeerde werknemer is dan te beschouwen als een gewone werknemer.

Als gevolg van kwalificatie zijn de artikelen 7:616a e.v. BW van toepassing. Dat betekent dat indien de werkgever van de gekwalificeerde werknemer geen of te weinig loon betaalt, deze werknemer zich voor loonbetaling ook kan richten tot de (hoofd)opdrachtgever van die werkgever. De jurisprudentie laat enkele gevallen zien waarin een dergelijke vordering werd gehonoreerd.²¹

Op een arbeidsovereenkomst is artikel 7:625 BW van toepassing. Dat betekent dat als het loon te laat is betaald, recht bestaat op een wettelijke verhoging. Deze wettelijke verhoging kan, zonder motivatie, echter worden beperkt.

9.3. Doorbetaalde vakantiedagen

Het recht op doorbetaalde vakantie is vastgelegd in de artikelen 7:635 e.v. BW, welke artikelen implementatie vormen van de Arbeidstijdenrichtlijn (2003/187). Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in meerdere uitspraken²² bevestigd dat de uit deze richtlijnen voortvloeiende rechten zeer belangrijk zijn, en dat iedere inperking van die rechten daarom nietig is. Er zijn ook twee gevallen bekend²³ waarbij, na kwalificatie van een overeenkomst tot arbeidsovereenkomst, aanspraak werd gemaakt op het verkrijgen van doorbetaalde vakantie, en in beide gevallen

15. Cour de Cassation, Chambre Sociale, 2 februari 2022, nr. 18-23.425.

16. In Frankrijk wordt steevast wel de term herkwalificatie gebruikt.

17. In Frankrijk bestaat, anders dan in Nederland, veel aandacht voor de gevolgen van herkwalificatie. Het op internet zoeken

naar 'consequences requalification contrat de travail' geeft veel informatie.

18. HR 11 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213.

19. Een van de conclusies van Verhulp in zijn in noot 5 genoemde artikel is dat het aanbeveling verdient niet met terugwerken

de kracht te kwalificeren.

20. Zie voor een overzicht hiervan: Asser/Heerma van Voss 7-V 2020, 1.1 tot en met 1.5.

21. O.a. Rb. Noord-Nederland 15 december 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4471.

22. O.a. HvJ EU 6 november 2018,

ECLI:EU:C:2018:874 (*Max Planck*).

23. HvJ EU 29 november 2017,

ECLI:EU:C:2017:914 (*King*) en HvJ EU 16 juli 2020, ECLI:EU:C:2020:572 (*Italiaanse vredesrechters*).

werd die vordering toegewezen. Indien eenmaal het loon behorend bij de arbeidsovereenkomst is vastgesteld, lijkt er geen mogelijkheid te zijn om te ontkomen aan de consequentie dat uitgaande van een arbeidsovereenkomst met een bepaalde omvang en loonhoogte, recht bestaat op minimaal vier weken per jaar doorbetaalde vakantie.

9.4. Vakantietoeslag

Het recht op vakantietoeslag is niet in het Burgerlijk Wetboek, maar in de Wet Minimumloon en Minimumvakantiebijslag geregeld. Artikel 15 van die wet bepaalt dat jaarlijks vakantiebijslag van (minimaal) 8% van het jaarincome moet worden verstrekt. Vakantiebijslag mag met toepassing van artikel 17 van deze wet ook vaker per jaar worden betaald, dus maandelijks, of per uur. Voor zo'n afwijkende betaalperiode is het wel nodig dat dat schriftelijk is overeengekomen. Denkbaar is, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, dat het tarief van € 70 voor de verloskundige of van 158% of 150% voor de architecten- dan wel omroepmedewerker, geacht wordt de vakantietoeslag te omvatten. Vakantietoeslag is daarmee een minder hard recht, dan dat op doorbetaalde vakantiedagen.

9.5. Omvang en duur van contract

Doordat de (vermeende) opdrachtovereenkomst is gekwalificeerd tot arbeidsovereenkomst, zijn de artikelen 7:610b, 7:628a en 7:668a BW van toepassing. Dat betekent dat indien de opdrachtovereenkomst opdrachten met een wisselende omvang inhield, en uit opvolgende opdrachten bestond, na kwalificatie na drie tijdelijke contracten een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, met een omvang van hetgeen in de laatste drie (artikel 7:610b BW) dan wel laatste twaalf maanden (artikel 7:628a lid 5 BW) gemiddeld is gewerkt. Ik zie geen reden om die dwingendrechtelijke bepalingen niet toe te passen dan wel er aan te ontkomen.

9.6. Pensioenpremies

Afhankelijk van de betreffende bedrijfstak valt de gekwalificeerde werknemer wel of niet onder een verplichte pensioenregeling. Al naar gelang de kwalificatie met terugwerkende kracht is vastgesteld geldt dat ook voor het verleden. De werkgever is verplicht de verschuldigde pensioenpremie af te dragen. Afhankelijk van de regeling is de werknemer een werknemersbijdrage verschuldigd. Of de door de werkgever achteraf afgedragen pensioenpremies voor het werknemersdeel ook op de werknemer kunnen worden verhaald is geen uitgemaakte zaak. Artikel 7:631 lid 3 BW bepaalt dat de werkgever op een loonbetaling aan de werknemer werknemerspremies mag inhouden. Lutjens²⁴ concludeert dat als de arbeidsovereenkomst met de werknemer reeds geëindigd is, inhouding op het loon feitelijk onmogelijk is geworden, wat een risico is dat bij de werkgever ligt. Ik leid uit artikel 7:631 lid 3 BW echter niet af dat verhaal achteraf op de werknemer niet is toegestaan. Het verhaal van premies betreft in beginsel slechts het werknemersdeel van de pensioenpremies, het verhaal van het werkgeversdeel is uit de aard der zaak sowieso niet mogelijk. Lutjens stelt ook dat het door de werknemer of de pensioenuitvoerder vorderen van de premie of andere bijdrage onder omstandigheden naar maat-

staven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. De voorbeelden die Lutjens geeft hebben betrekking op bijstortingsverplichtingen, niet op reguliere pensioenpremies.

9.7. Socialeverzekeringspremies

Het verhalen van socialeverzekeringspremies is op grond van artikel 20 van de Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv) niet toegestaan en vormt (artikel 125 Wfsz) zelfs een strafbaar feit. Indien een arbeidsovereenkomst is gekwalificeerd en daarmee sprake is van verzekeringsplicht op grond van de werknemersverzekeringen, dan ontkomt de werkgever niet aan het moeten afdragen van de verschuldigde premies en is het verhalen daarvan op de werknemer niet mogelijk. Afhankelijk van het moment van kwalificatie kan dat ook een premiebetaling over het verleden betreffen.

9.8. Loonbelasting

Indien door de kwalificatie sprake is van een dienstverband in de zin van de wet op de Loonbelasting, is vanaf het moment van de kwalificatie door de werkgever af te dragen loonbelasting verschuldigd. Anders dan ten aanzien van de socialeverzekeringspremies is het verhalen van die afgedragen loonbelasting niet altijd onmogelijk.²⁵

10. Conclusies

Indien een opdrachtovereenkomst wordt gekwalificeerd tot arbeidsovereenkomst, is verdedigbaar dat de hoogte van het werknemersloon gelijk moet worden gesteld aan het in de opdrachtovereenkomst bepaalde (zzp-)loon, ook wanneer dat loon hoger ligt dan het wettelijke of het voor werknemers gebruikelijke (cao-)loon. Dat betekent feitelijk dat de gekwalificeerde werknemer een beloning zal gaan krijgen die veel hoger ligt dan datgene wat tussen partijen was overeengekomen. De verhoging heeft betrekking op het als gekwalificeerde werknemer recht hebben op in ieder geval doorbetaalde vakantiedagen, doorbetaling bij ziekte, ontslagvergoedingen, premies voor de socialeverzekeringen en het werkgeversdeel van de pensioenpremie. Een reden om dat voordeel toch aan de gekwalificeerde werknemer toe te kennen is een belangrijke grondslag van het arbeidsrecht, ongelijkheidscompensatie. Het niet als uitgangspunt nemen van het zzp-loon zou betekenen dat een opdrachtgever/werkgever 'straffeloos' een onjuiste contractvorm kan toepassen, zonder daarvoor na kwalificatie nadelige gevolgen te dragen. Tot op heden hanteert de Nederlandse feitenrechtspraak vrijwel zonder uitzondering als uitgangspunt het na kwalificatie aannemen van het zzp-loon als werknemersloon. De Nederlandse feitenrechtspraak wijkt daarmee af van een recente uitspraak van de Franse Cour de Cassation.

Het na kwalificatie vaststellen van het zzp-loon als werknemersloon – wanneer dat zzp-loon hoger ligt dan de gebruikelijke vergoeding als werknemer voor die werkzaamheden – heeft als bezwaar, dat de uitkomst onredelijk kan zijn. Om aan die onredelijke uitkomst te ontkomen, zijn verschillende redeneringen denkbaar. In plaats van voor de gekwalificeerde werknemer als uitgangspunt te nemen het zzp-loon, kan, op grond van artikel 7:618 BW, het gebruikelijke dan wel het billijke loon worden toegepast. Analooq aan artikel 3:42 BW kan

bij wijze van semi-conversie ook worden aangesloten bij het loon dat partijen zouden hebben afgesproken indien zij geweten zouden hebben van de kwalificatie. Ook zou het door de werknemer vorderen dat na kwalificatie het zzp-loon als werknemersloon moet worden aangemerkt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn.

Indien na kwalificatie wel als uitgangspunt wordt genomen dat het zzp-loon werknemersloon wordt, is slechts op onderdelen aan de werkgever soelaas te bieden. Dat betreft de loonaanspraak op grond van artikel 7:628 BW, de aanspraak op vakantietoeslag en het mogelijkere wijs kunnen verhalen van het werknemersdeel van de als werkgever af te dragen pensioenpremies en de verschuldigde loonbelasting. Wat dat betreft biedt het, in pregnante gevallen, onvoldoende soelaas om de kwalificatie slechts voor de toekomst te laten plaatsvinden. De nieuwe werkgever zit dan voor de toekomst aan die sterk toegenomen lasten vast.

Omdat te verwachten is dat kwalificatie in de nabije toekomst veelvuldig zal plaatsvinden en het moeten toepassen van het zzp-loon als werknemersloon onder omstandigheden tot onredelijke uitkomsten kan leiden, én het niet zeker is of de hierboven geschetste oplossingsrichtingen (artikel 7:618 BW, artikel 3:42 BW dan wel arti-

Indien na kwalificatie wel als uitgangspunt wordt genomen dat het zzp-loon werknemersloon wordt, is slechts op onderdelen aan de werkgever soelaas te bieden

kel 6:248 lid 2 BW) wel valide zijn, heeft het de voorkeur dat de wetgever zich hier expliciet over uitlaat. Dat kan makkelijk, want door de (thans demissionaire) minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is aangekondigd dat de aanscherping van het gezagscriterium door een wijziging van artikel 7:610 BW zal plaatsvinden. Die wijziging kan ook gebruikt worden door te bepalen welke gevolgen kwalificatie dan heeft. •

²⁴. Asser/Lutjens 7-XI, 2019.

²⁵. Zie hierover E. Swaving Dijkstra, 'Fiscale herkwilificatie van de overeenkomst van

opdracht? Zorg toch maar voor een goed verhaal!', *ArbeidsRecht* 2020/47.