



mr. Elsbeth Deijs

Advocaat arbeidsrecht bij HVG Law



mr. Laila Berrich

Advocaat arbeidsrecht bij HVG Law



drs. Tim Burggraaf

Associate partner bij EY Actuarissen BV

Deliveroo is al enkele maanden vertrokken uit Nederland, maar houdt de gemoederen nog flink bezig. Vrijdag 24 maart 2023 gaf de Hoge Raad het verlossende woord in één van de langstlopende rechtszaken over de maaltijdbezorgers van Deliveroo: de maaltijdbezorgers waren werknemers, geen zzp'ers. In dit artikel schetsen we de huidige stand van zaken omtrent zzp'ers, lichten we de (gevolgen van) de uitspraak van de Hoge Raad toe en gaan we in op de relatie van zzp'ers met de Wet toekomst pensioenen (Wtp).

The Deliveroo saga continues: *gevolgen en relatie met de Wet toekomst pensioenen*

STAND VAN ZAKEN ZZP'ERS

Het aantal zzp'ers is in de afgelopen jaren steeds hoger geworden.¹ Dit is geen wonder, want het werken als en met zzp'er(s) wordt geregeld als aantrekkelijker gezien dan het werken op basis van een arbeidsovereenkomst. Het biedt zowel de opdrachtgever als de zzp'er meer flexibiliteit. Voor zzp'ers is het voordelig dat ze hogere tarieven kunnen vragen, en opdrachtgevers vinden het prettig 'geen ge-doe' te hebben met zieke werknemers, niet geconfronteerd te worden met de ontslagbescherming en kunnen zo nog mankracht binnenhalen op de krappe arbeidsmarkt. Het huidige wettelijke kader biedt echter nog weinig houvast voor de beoordeling of inderdaad sprake is van een overeenkomst van opdracht, of dat eigenlijk sprake is van een arbeidsovereenkomst. Een werkende moet worden gekwalificeerd als werknemer wanneer deze, kort gezegd, in dienst (onder gezag), arbeid verricht tegen loon. Het element 'gezag' heeft weliswaar nadere duiding gekregen in de rechtspraak, maar is nog altijd niet uitgekristalliseerd en afhankelijk van de omstandigheden voor meerderlei uitleg vatbaar. Een complicerende factor daarbij is ook dat nieuwe vormen en manieren van werken ontstaan, zoals platformarbeid, waarop het traditionele toetsingskader niet één op één kan worden toegepast. Dit speelde ook een rol in de *Deliveroo*-zaken.

Door het handhavingsmoratorium van de Belastingdienst dat volgde op de kritiek op de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (DBA) in 2016, lijken bedrijven die werken met zzp'ers

op dit moment fiscaal en sociaal verzekeringsrechtelijk nog een beperkt risico te lopen. De arbeidsrechtelijke risico's kunnen echter aanzienlijk zijn. Een herkwalificatie van de relatie als arbeidsovereenkomst betekent dat de zzp'er (met terugwerkende kracht) aanspraak kan maken op toepassing van arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving inzake bijvoorbeeld loon, doorbetaling bij ziekte, vakantiedagen, ontslagbescherming en enige andere rechten en toeslagen op grond van een eventueel toepasselijke cao. Daarnaast kan de mogelijke aanwezigheid van schijnzelfstandigen ook pensioenuitvoerders wakker schudden.

In een brief aan de Tweede Kamer over de stand van zaken omtrent zzp'ers in Nederland van 16 december 2022, gaf het kabinet aan dat de groei van het aantal werkenden buiten dienstverband, naast positieve effecten, ook een duidelijke keerzijde heeft.² Zo dragen zzp'ers beperkt bij aan de financiering van de sociale zekerheid en is de fiscale behandeling tussen werknemers en zelfstandig ondernemers ongelijk. Ook is sprake van een groeiend aantal 'schijnzelfstandigen': zelfstandigen die eigenlijk werknemers zijn. Oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden zorgt voor problemen als beperkte bescherming tegen arbeidsongeschiktheid, minder controle op arbeidsomstandigheden en een ontoereikend aanvullend pensioen. Deze situatie, in combinatie met het onduidelijke toetsingskader voor de vraag op basis van welk type overeenkomst wordt gewerkt, resulteert volgens het kabinet in een onwenselijke en onhoudbare situatie. Het ka-

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

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

binet werkt daarom aan een aanpak om de regels rondom zelfstandigen toekomstbestendiger te maken en de balans te herstellen, waarover later meer.

VOORGESCHIEDENIS DELIVEROO

Deliveroo was sinds september 2015 actief in Nederland met een digitaal platform waarop bij onafhankelijke restaurants maaltijden konden worden besteld en betaald. Zij bood ook een bezorgdienst aan. Van 2015 tot 2018 waren de bezorgers van Deliveroo in dienst op basis van een arbeidsovereenkomst. Deliveroo besliste per februari 2018 de arbeidsovereenkomsten met de bezorgers niet meer te verlengen. Bezorgers werkten vanaf dat moment alleen nog op basis van een overeenkomst van opdracht, een zogeheten partnerovereenkomst. De partnerovereenkomst tussen de maaltijdbezorgers en Deliveroo kenmerkte zich door een grote mate van vrijheid voor de maaltijdbezorgers om het moment te kiezen waarop zij wilden werken en zich te laten vervangen. Door in te loggen in een app kon iedere bezorger zich op een door hem gewenst moment beschikbaar melden, ervan uitgaande dat Deliveroo op dat moment en die plaats een behoefte aan bezorgers had. Voor de toedeling van de bezorging van maaltijden maakte Deliveroo gebruik van een algoritme, genaamd 'Frank'. De bezorgers ontvingen een vast bedrag per afgeleverde bestelling en er konden bonussen worden toegekend.

Nadat acties tegen overgang naar de partnerovereenkomsten niet het gewenste effect hadden, spande de FNV in 2018 verschillende rechtszaken aan tegen Deliveroo. In 2019 oordeelde de kantonrechter Amsterdam in een drietal uitspraken dat Deliveroo met terugwerkende kracht de algemeen verbindend verklaarde cao voor het Beroepsgoederenvervoer moest toepassen, haar werknemers moest aanmelden bij Pensioenfonds Vervoer, en dat de Deliveroo-bezorgers na 2018 geen zelfstandigen waren, maar (nog steeds) werknemers.³ In 2021 bevestigde het Hof Amsterdam deze uitspraken.⁴ In zijn recente arrest bevestigde de Hoge Raad de uitspraak van het hof in (alleen) de laatstgenoemde kwestie: de Deliveroo-bezorgers moeten (arbeidsrechtelijk) worden gezien als werknemers.⁵ De cassatieberoepen tegen de uitspraken van het hof in de kwesties over de cao en aanmelding bij het pensioenfonds lopen nog. De uitspraak van de Hoge Raad in deze zaken is voorlopig bepaald op 13 oktober 2023.

In augustus 2022 kondigde Deliveroo haar vertrek uit Nederland aan per december 2022. Bij haar vertrek heeft Deliveroo zowel

haar werknemers als de bezorgers die werkten als zzp'er een vertrekpremie aangeboden. De zzp'ers die gebruik wilden maken van deze regeling moesten er echter wel mee akkoord gaan dat zij niets meer konden claimen van het bedrijf.

OVERWEGINGEN HOGE RAAD

Het hof had dus terecht overwogen dat de bezorgers weliswaar veel vrijheid hadden in het verrichten van de arbeid, maar dat alle overige elementen, waaronder de wijze van loonbetaling en het uitgeoefende gezag, meer wijzen op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst.

De Hoge Raad overweegt dat of sprake is van een arbeidsovereenkomst een afweging is van alle omstandigheden van het geval:

- de aard en duur van de werkzaamheden;
- de wijze waarop de werkzaamheden en werktijden worden bepaald;
- de inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht;
- het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren;
- de wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen tot stand is gekomen;
- de wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd;
- de hoogte van deze beloningen;
- de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt; en
- of degene die de werkzaamheden verricht zich in economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen (bijvoorbeeld bij het verwerven van een reputatie, bij acquisitie, wat betreft fiscale behandeling, het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt).

Deze gezichtspunten zijn op zichzelf niet nieuw, maar er is wel een aantal elementen dat opvalt, bijvoorbeeld het benadrukken van het belang van het ondernemerschap van de werkende en de inbedding van het werk en de werkende in de organisatie. Bij inbedding in de organisatie kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de vraag of het werk een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de organisatie is, of het werk een structureel karakter heeft en of dezelfde werkzaamheden reeds door anderen in loondienst worden vervuld. Overigens benoemt de Hoge Raad de organisatorische inbedding als één van de omstandigheden, en gaat de Hoge Raad dus niet mee in de conclusie van de advocaat- >

3 Rb. Amsterdam 19 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2019:210, ECLI:NL:RBAMS:2019:6292 en ECLI:NL:RBAMS:2019:198.

4 Hof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3978 en ECLI:NL:GHAMS:2021:3979 en Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392.

5 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.

generaal dat dit *primair* bepalend zou moeten zijn voor de vraag of sprake is van gezag.⁶

De Hoge Raad overweegt ook dat het gewicht dat, bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst, toekomt aan een bepaalde contractuele afspraak, mede afhangt van de mate waarin die afspraak echt belangrijk is voor de partij die de werkzaamheden verricht. De afspraak dat de werkende zich vrij mag laten vervangen, staat volgens de Hoge Raad niet aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de weg. Hetzelfde geldt voor de afspraak dat een werkende zelf mag bepalen wanneer hij of zij werkt. Voor de kwalificatie als arbeidsovereenkomst moet dan wel duidelijk zijn dat dergelijke afspraken in de praktijk door de partijen niet of nauwelijks worden gebruikt. Oftewel: wezen gaat (nog steeds) voor schijn.

Het hof heeft na een weging van deze omstandigheden volgens de Hoge Raad terecht geconcludeerd dat de bezorgers werkzaam waren op basis van een arbeidsovereenkomst.

GEVOLGEN VOOR DE ARBEIDSRECHTPRAKTIJK

Deze uitspraak geeft de praktijk weliswaar nog geen volledige duidelijkheid, het bevestigt wel de handvatten voor de beredenering of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad legt de bal voor verdere rechtsontwikkeling rondom de kwalificatievraag expliciet neer bij de wetgever. Uit de eerdergenoemde kamerbrief volgt dat deze druk voorbereidingen aan het treffen is voor verdere maatregelen. Naast maatregelen die bijdragen aan een gelijk spelveld tussen werknemers en zelfstandigen (bijvoorbeeld fiscale maatregelen, een verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering en het bevorderen van pensioenopbouw bij zzp'ers) en de verbetering van de handhaving op schijnzelfstandigheid op korte termijn, kondigt het kabinet aan het gezagscriterium te willen verduidelijken. Dit wil zij doen door tot uitdrukking te brengen dat gezag ook aanwezig kan zijn bij werk dat organisatorisch is ingebed en dat zelfstandig ondernemerschap een contra indicatie kan vormen van gezag. In de *Deliveroo*-uitspraak heeft de Hoge Raad eigenlijk al bevestigd dat deze elementen van belang kunnen zijn in de kwalificatie.

Na deze uitspraak én met het oog op de aangekondigde verduidelijking en versterking van de handhaving, wordt het risicovoller zzp'ers in te zetten wanneer twijfel kan bestaan over de vraag of dit wel écht zzp'ers betreft. Hoewel de Hoge Raad duidelijk maakt dat het nog steeds gaat om een weging van alle omstandigheden, wordt buiten kijf gesteld dat de zzp'er zich ook daadwerkelijk als een echte ondernemer moet gedragen, bijvoorbeeld door reclame voor zichzelf te maken, zelf te acquireren en

meerdere opdrachtgevers te hebben. Ook zal moeten worden geëist voor de inbedding van de zzp'er in de organisatie van de opdrachtgever.

WET TOEKOMST PENSIOENEN EN ZZP'ERS

Tijdens de behandeling van de Wtp in de Tweede Kamer is uitvoerig gesproken over het verkleinen van de groep werkenden die geen pensioen opbouwt in de tweede pijler. Eigenlijk gaat dat over twee groepen, namelijk werknemers en zzp'ers.

De groep werknemers die geen pensioen opbouwt, wordt vaak aangeduid met de term 'witte vlek'. De witte vlek ligt historisch tussen 8 % en 10 %⁷. Al tijdens het pensioenakkoord in 2019 spraken sociale partners met elkaar af dat deze groep kleiner moest worden. Het ging toen al om 13 % van alle werknemers⁸, dus circa 940.000 werknemers. Bijna de helft daarvan bleek uitzendkracht te zijn en nog eens 20 % was minder dan een half jaar in dienst bij de werkgever. Overigens bleek toen dat deze werknemers vooral in dienst zijn bij werkgevers met 2 tot 10 werknemers, waaronder veel startups. Alhoewel in 2019 al werd afgesproken om de witte vlek te reduceren, nam in de periode tussen begin 2019 en eind 2022 de witte vlek niet af, maar juist toe tot circa 1.200.000 werknemers. Bij de kamerbehandeling van de Wtp werd deze groep werknemers inzet van de onderhandelingen voor instemming op de Wtp door PvdA en GroenLinks. Deze partijen dwongen onder meer af⁹, dat de Minister zich zal inzetten voor de verkleining van de witte vlek per 1 januari 2028 naar 50 % van het niveau in 2019. Concreet betekent het dat de witte vlek met 800.000 omlaag moet naar circa 400.000 werknemers. Voor deze zogenaamde reductiedoelstelling heeft de Minister een inspanningsverplichting toegezegd. Er is de Minister dus veel aan gelegen dat zoveel mogelijk werknemers pensioen gaan opbouwen. Ook is overeengekomen dat een marktbrede pensioenplicht zal worden onderzocht als deze reductiedoelstelling niet behaald wordt.

Wat betreft zzp'ers speelt iets vergelijkbaars, maar ligt het net iets anders. Formeel tellen deze niet mee in de witte vlek, maar ook voor deze groep werkenden is afgesproken dat geregeld moet worden dat zij meer pensioen gaan opbouwen. En ook hierover zijn tijdens de wetsbehandeling cijfers genoemd. In 2019 hadden 200.000 van de 950.000 zzp'ers geen pensioenopbouw in de tweede pijler (80 % van de zzp'ers dus wel). Bovendien is gebleken dat ca 20 % van de zzp'ers zelfs nog actief pensioen opbouwt in de tweede pijler.¹⁰ Niet bekend was hoeveel daarvan pensioen opbouwen in de derde pijler. Alhoewel de re-

6 Conclusie AG 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578.

7 Nota n.a.v. het nader verslag Wet toekomst pensioenen, 13.

8 Memorie van toelichting Wet toekomst pensioenen, 12.1.1.

9 Amendement Nijboer/Maatoug, nr. 36067-167.

10 Nota n.a.v. het nader verslag Wet toekomst pensioenen, 14.

ductiedoelstelling niet geldt voor zzp'ers, voorziet de Wtp wel in de zogenaamde experimenteerruimte. Om experimenten in de tweede pijler te faciliteren wordt met het wetsvoorstel een zogenoemde experimenteerbepaling in de Pensioenwet opgenomen.¹¹ Hiermee wordt een grondslag gecreëerd om bij algemene maatregel van bestuur van de Pensioenwet af te wijken, zodat kan worden geëxperimenteerd met het aanbieden van een tweede pijler pensioen aan zelfstandigen. In de fiscale wetgeving is in de Wet inkomstenbelasting 2001 een bepaling opgenomen zodat dit experiment ook fiscaal wordt gefaciliteerd. In maart 2023 heeft de Minister het conceptbesluit gepubliceerd, waarin de plannen worden uitgewerkt. Het besluit richt zich voornamelijk op het makkelijker maken voor zzp'ers om zich vrijwillig aan te sluiten bij een bedrijfstakpensioenfonds, wijze van monitoring van de voortgang en hoe met risicodekkings zou moeten worden omgegaan.

GEVOLGEN VOOR DE PENSIOENPRAKTIJK

Wanneer zzp'ers in een onderneming aangemerkt moeten worden als werknemer en recht hebben op dezelfde arbeidsvoorwaarden, kunnen de pensioenaanbieders ook stellen dat deze groep werknemers wordt aangemeld als deelnemer aan de voor die bedrijfstak verplichte pensioenregeling. Alhoewel dat het meest voor de hand ligt bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds, geldt het ook voor collectieve pensioencontracten die bij verzekeraars of PPI's zijn ondergebracht. Immers, daar geldt doorgaans dat de werkgever verplicht is om alle werknemers aan te melden. Eerlijkheidshalve moet gezegd worden dat dit commerciële bedrijven zijn die tijdelijke pensioencontracten met de werkgevers hebben. Om die reden sluipt er voor hen het risico in dat de irritatie bij de werkgever die gedwongen wordt om meer pensioenpremie te gaan betalen er wel eens toe kan leiden dat die werkgever bij een contractverlenging voor een andere aanbieder kiest. De vraag is dus hoe hard zo'n commerciële aanbieder dat spel gaat spelen. Voor bedrijfstakpensioenfonds is dat anders, omdat werkgevers niet weg kunnen bij het pensioenfonds.

Voor werkgevers is nog iets anders relevant. Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer is namelijk een motie aangenomen die tot gevolg heeft dat bedrijven die willen meedingen naar een aanbestedingsproject voor de overheid, verplicht gaan worden om een pensioenregeling aan te bieden aan het personeel¹². Alhoewel de motie voorstelt om alleen naar een tweede pijler pensioen te kijken, gaan er stemmen op om ook een derde pijler oplossing te laten meetellen bij de beoordeling. Daarover moet de Tweede Kamer nog debatteren. De verplichting om zzp'ers aan te sluiten bij

een bedrijfstakpensioenfonds zoals in het geval van Deliveroo, betekent dan dat werkgevers met zzp'ers direct aan dit vereiste voldoen.

Toch zitten er ook twee gevaarlijke kanten aan deze uitspraak. Ten eerste is het de vraag wat dit gaat doen met het kostenniveau van de factor arbeid voor bedrijven die nu geheel of gedeeltelijk in de witte vlek vallen. Als we uitgaan van een mediane premie, dan zullen de arbeidskosten stijgen met grofweg 20 %. De vraag is of die kosten kunnen worden doorberekend. Tel daarbij op dat het voornamelijk kleine werkgevers zijn met weinig bewegingsruimte. Het tweede is het geldende adagium 'geen premie, wel recht' mogelijk nog gevaarlijker. Als achteraf blijkt dat er sprake is van verplichte aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds, dan kan het pensioenfonds de pensioenpremie met terugwerkende kracht incasseren bij de werkgever, zonder beperking van het aantal jaren en onder de Wtp inclusief het gemiste beleggingsrendement. Dat kan tot cash-flow problemen leiden bij de betreffende onderneming. Het kan ook betekenen dat de werknemer met terugwerkende kracht de eigen bijdrage moet betalen en dat zal moeten worden ingehouden op het brutoloon. Naar de toekomst toe zullen de werknemers zien dat hun nettoloon daalt door de reguliere inhouding van de eigen bijdrage. De juridische vraag die dan ontstaat is of de werknemer gehouden is om die eigen bijdrage te betalen. Er is immers in de gesloten arbeidsovereenkomst nooit overeengekomen dat de werknemer verplicht is tot een dergelijke betaling. Alhoewel de uitkomst afhangt van de specifieke omstandigheden van het geval, is dit zeker een veld waar goed werkgever- en werknemerschap een rol gaan spelen bij het vinden van de oplossing. Te denken valt aan gespreide betaling van de gemiste eigen bijdrage of misschien zelfs wel kwijtschelding ervan als de last ervan onevenredig hoog is.

CONCLUSIE

Door de *Deliveroo*-uitspraak is het belangrijker dan ooit dat bedrijven kritisch kijken naar hun zzp-populatie: welke afspraken zijn gemaakt met de zzp'ers, hoe worden deze uitgevoerd in de praktijk, verrichten zzp'ers werkzaamheden die in de organisatie zijn ingebed, is wel echt sprake is van zelfstandig ondernemerschap, enzovoort. Alleen op die manier kunnen de risico's worden bepaald en de juiste beheersmaatregelen worden getroffen. Daarnaast is het belangrijk om te bezien wat de financiële impact is voor de onderneming als de zzp'ers onder de geldende pensioenregeling komen te vallen. Daarbij hoort ook het nadenken over hoe omgegaan kan worden met de achterstallige eigen bijdrage, zowel naar de huidige groep zzp'ers als naar zzp'ers die in de toekomst door de onderneming ingezet gaan worden.

11 Ontwerpbesluit experimenten pensioenregeling voor zelfstandigen.

12 Motie Van Beukering/Nijboer, nr. 36067-126.