

## 9 FLEXIBELE ARBEID, GEBALANCEERDE BESCHERMING

*Saskia Klosse*

### 9.1 INLEIDING

In een Verkenning over de toekomst van werk kan een kijkje in de juridische keuken niet ontbreken. In die keuken staan diverse potjes op het vuur die om aandacht vragen in het kader van de drang om arbeid flexibel te organiseren. In een van die potjes pruttelen allerlei vragen rond het rap toenemende aantal zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers). Het recht worstelt hiermee. Zijn de juridische spelregels niet te strak en beschermen zij wel de juiste groepen? Dat dit soort vragen rijzen heeft met het vertrekpunt te maken. Het recht ziet zzp'ers in principe als zelfstandigen en daarmee als een groep die zorgt voor zichzelf en geen specifieke bescherming nodig heeft. Zzp'ers worden op dit punt anders behandeld dan werknemers. Dit levert in de praktijk problemen op. De vraag is daarom of dit vertrekpunt nog toereikend is: kunnen we daarmee in de toekomst vooruit of is bijstelling nodig en, zo ja, waarom en op welke punten?

Dit hoofdstuk begint met een schets van het raamwerk waarin de juridische spelregels zijn vastgelegd. Het accent ligt daarbij op het arbeidsrecht en het sociale-zekerheidsrecht maar ook relevante fiscale aspecten worden meegenomen (paragraaf 9.2). De bijdrage vervolgt met een analyse van de mogelijke knelpunten (paragraaf 9.3) en mondt uit in een pleidooi voor een meer gedifferentieerde benadering (paragraaf 9.4).

### 9.2 JURIDISCH RAAMWERK

#### **BASISONTWERP**

Voor de bescherming van de werkenden heeft het recht een bepaald grondpatroon ontwikkeld. Werknemers en zelfstandigen kregen daarbij ieder een eigen regime. Het recht heeft zo in feite twee huizen gebouwd met eigen bouwstijlen en huisregels. Uitgangspunt is dat de bewoners van het werknemershuis zich moeten houden aan de voorschriften van de werkgever. In ruil daarvoor krijgen ze een scala van rechten. De bewoners van het huis voor zelfstandigen doppen hun eigen boontjes maar kunnen wel profiteren van fiscale voordelen. De typering van de arbeidsrelatie regelt de toegang tot de twee huizen. De arbeidsovereenkomst opent de deur van het werknemershuis en de overeenkomst van opdracht fungeert als entreebiljet voor het huis voor zelfstandigen.<sup>1</sup>

De arbeidsovereenkomst is voorbehouden aan werknemers. Typerend voor werknemers is dat zij tijdelijk of voor langere tijd *in dienst zijn* bij een werkgever die bepaalt hoe de arbeid moet worden uitgevoerd. Ze zijn daardoor ondergeschikt aan en voor hun inkomen ook afhankelijk van hun werkgever.<sup>2</sup> Het recht compenseert deze ongelijke positie met allerlei rechten. Deze rechten zijn vastgelegd in de wet en kunnen nader worden uitgewerkt in een cao. Tot de werknemersrechten behoren bijvoorbeeld het wettelijk minimumloon en het recht op doorbetaling van loon bij ziekte of als er tijdelijk geen werk is.<sup>3</sup> Werknemers hebben ook ontslagbescherming.<sup>4</sup> Verder worden ze beschermd tegen te lange werktijden en tegen onveilige arbeidsomstandigheden.<sup>5</sup> Bij ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid kunnen ze een beroep doen op de werknemersverzekeringen.<sup>6</sup> Werkgevers dragen daarvoor premies af aan de Belastingdienst.

Bij zzp-arbeid wordt in de regel gebruikgemaakt van een overeenkomst van opdracht.<sup>7</sup> Uitgangspunt is hier dat de contractpartijen op basis van gelijkwaardigheid onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden, zoals tarieven en werktijden. In plaats van ongelijkheidscompensatie staat hier de contractsvrijheid voorop en daarbij past een beperkte regulering. Zzp'ers die werken op basis van een overeenkomst van opdracht hebben daardoor minder rechten dan werknemers. Ze hebben bijvoorbeeld wel recht op de gebruikelijke of in ieder geval een redelijk beloning,<sup>8</sup> maar niet op tijdige uitbetaling daarvan, noch op doorbetaling van de beloning bij ziekte. Voor zzp'ers kunnen in principe ook geen minimumtarieven worden bedongen in cao's. Velen van hen opereren namelijk als zelfstandig ondernemer en 'prijzafspraken' in cao's botsen met het voor ondernemers geldende kartelverbod.<sup>9</sup> Er is ook geen ontslagbescherming. Verder staan de werknemersverzekeringen in principe niet voor hen open. Zzp'ers worden geacht zelf voorzieningen te treffen voor risico's als werkloosheid, ziekte en arbeidsongeschiktheid en de kosten hiervan in te calculeren in hun tarieven. Sinds januari 2015 kunnen zzp'ers vrijwillig een zzp-pensioen afsluiten. Hiervoor is een speciale 'lifecycle-belegging' ontwikkeld. Deelnemers bepalen zelf hun inleg en de uitkeringsduur.

### **IB-ONDERNEMERS**

Tot 1 mei 2016 werden zzp'ers gezien als zelfstandig ondernemers als zij beschikten over een VAR-verklaring. Opdrachtgevers die in zee gingen met iemand die een dergelijke verklaring had, konden ervan uitgaan dat de fiscus de betrokkene zag als zelfstandig ondernemer in de zin van de Wet inkomstenbelasting ('IB-ondernemer').<sup>10</sup> Zij hoefden dan geen premies af te dragen voor de werknemersverzekeringen en de zorgverzekering. Mocht achteraf blijken dat de VAR-houder in werkelijkheid een (fictief) dienstverband had, dan waren opdrachtgevers bovendien gevrijwaard van naheffingsaanslagen. Opdrachtnemers werden in zo'n geval wel aangeslagen voor de achterstallige premies en moesten ook alle ontvangen fiscale voor-

delen terugbetalen. Dat was een zure appel, zeker omdat deze terugbetalingsverplichting kon terugwerken tot vijf jaar na de vaststelling dat in feite sprake was van een (fictief) dienstverband.

Om deze disbalans in de verantwoordelijkheidsverdeling te herstellen wordt sinds 1 mei 2016 gewerkt met modelovereenkomsten. De Belastingdienst toetst aan de hand daarvan op voorhand of de overeenkomst voldoet aan de vereisten voor het IB-ondernemerschap. Concludeert de Belastingdienst dat dit het geval is, dan mag de opdrachtgever er vijf jaar van uitgaan dat hij geen premies verschuldigd is. Blijkt echter achteraf dat de IB-ondernemer/zzp'er in feite als werknemer heeft gefunctioneerd, dan moet zijn opdrachtgever alsnog premies afdragen voor de werknemersverzekeringen en de zorgverzekering. De zzp'er kan ook zelf een aanslag krijgen voor de afdracht van inkomstenbelasting en premies voor de volksverzekeringen. Het nieuwe systeem maakt van de correcte naleving van de getoetste overeenkomst zo een gedeelde verantwoordelijkheid.<sup>11</sup>

Voor zzp'ers die kwalificeren als IB-ondernemer zijn fiscale voordelen in het leven geroepen. Voorbeelden hiervan zijn de zelfstandigenaftrek, de startersaftrek en de MKB-winstvrijstelling. Door deze voordelen betalen deze zzp'ers minder belasting dan werknemers met een vergelijkbaar inkomen. Ze krijgen ook eerder inkomensafhankelijke toeslagen, zoals de huur- of de zorgtoeslag (Aerts 2013: 109). Het netto besteedbare inkomen neemt hierdoor toe (IBO 2015: 35, figuur 9.2). Dat geeft ruimte om reserves op te bouwen die kunnen worden gebruikt voor investeringen in de continuïteit van de onderneming, voor de oude dag en voor de overbrugging van periodes van vakantie, ziekte, arbeidsongeschiktheid of lege orderportefeuilles. De bedoeling hiervan is het zelfstandig ondernemerschap te stimuleren.

#### **FICTIEVE DIENSTBETREKKING**

Op het principe dat zelfstandigen geen toegang hebben tot het werknemershuis bestaan uitzonderingen. Zo kunnen zelfstandigen die werken op basis van een overeenkomst van opdracht soms een beroep doen op het wettelijk minimumloon of de werknemersverzekeringen. Ze moeten dan wel verkeren in een positie die in sociaaleconomisch opzicht vergelijkbaar is met die van werknemers (ze zijn bijvoorbeeld economisch afhankelijk van een enkele opdrachtgever). De verrichte arbeid mag ook niet 'bijkomstig' zijn.<sup>12</sup> Wordt aan deze voorwaarden voldaan, dan wordt aangenomen dat de persoon in kwestie een 'fictieve dienstbetrekking' heeft. De deur van het werknemershuis wordt daarmee op een kiertje gezet. Op een kiertje, want de betrokkene krijgt in zo'n geval alleen toegang tot het wettelijk minimumloon en/of de werknemersverzekeringen als hij *niet* opereert 'in het kader van de zelfstandige uitoefening van een bedrijf of beroep'.<sup>13</sup> Voor zzp'ers die hun diensten verkopen als zelfstandig ondernemer is dit een venijnig staartje. Zij voldoen immers niet aan deze voorwaarde.<sup>14</sup>

### 9.3 PUNTEN VAN ZORG

Het juridisch kader heeft een hoog alles-of-niets-gehalte. Daardoor kunnen in de praktijk problemen ontstaan die in de volgende subparagrafen worden toegelicht.

#### **MENGVORMEN: ARBEIDSOVEREENKOMST OF OVEREENKOMST VAN OPDRACHT?**

Soms is onduidelijk hoe de arbeidsrelatie moet worden geduid. Op papier is bijvoorbeeld sprake van een overeenkomst van opdracht maar in werkelijkheid heeft de arbeidsrelatie ook trekjes van een arbeidsovereenkomst. De vraag is dan welk regime van toepassing is. Helderheid hierover is van belang. Aan de arbeidsovereenkomst zijn immers veel meer rechten verbonden dan aan de overeenkomst van opdracht. In de praktijk is echter lang niet altijd duidelijk hoe de arbeidsrelatie moet worden getypeerd. Denk bijvoorbeeld aan zorgverleners die als zzp'er werken via een bemiddelingsbureau. Als zij hun opdrachten enkel via dat bureau binnenhalen, zijn zij voor hun inkomen net zo afhankelijk van dat bureau als een werknemer van zijn werkgever (Barentsen 2014). Wat geeft dan de doorslag? Dezelfde vraag kan rijzen bij de rap groeiende groep werkenden die de matchingsmogelijkheden van de 'online gig economie' benut. Denk aan de taxichauffeurs van Uber, die zelf bepalen of en zo ja wanneer zij een ritje maken maar de prijs daarvoor niet zelf kunnen bepalen (Harris en Krueger 2015). Maar ook als er geen intermediairs in het spel zijn, kan onduidelijk zijn welk etiket er op de arbeidsrelatie moet worden geplakt. Zo zijn de meeste pakketbezorgers van PostNL bewust zzp'er omdat ze dan meer kunnen verdienen.<sup>15</sup> De fiscus ziet hen als ondernemers want ze investeren in een eigen bestelbus en dragen ondernemingsrisico, bijvoorbeeld doordat ze worden betaald per succesvolle stop. Daar staat tegenover dat ze zich moeten houden aan uitgebreide en gedetailleerde werkinstructies: PostNL bepaalt niet alleen de kleur en de maat van de bus en de kleding die ze moeten dragen, maar ook de route en de tijd waarbinnen pakketten moeten worden bezorgd. De pakketbezorgers werken feitelijk ook alleen voor PostNL; andere pakketten bezorgen dan die voor PostNL wordt niet geduld. Kortom, ook de arbeidsrelatie van de pakketbezorgers heeft trekjes van beide regimes.

De vraag naar de ware aard van de arbeidsrelatie komt meestal op als er *geschillen* ontstaan. Een pakketbezorger krijgt bijvoorbeeld ineens geen opdrachten meer. Hij beroept zich op het ontslagrecht omdat hij in feite werkt op basis van een arbeidsovereenkomst. PostNL stelt daar tegenover dat de pakketbezorger een opdrachtovereenkomst heeft getekend en dat het ontslagrecht daarom niet op hem van toepassing is. De pakketbezorger zal dan in rechte zijn gelijk moeten halen.

Het recht schiet hem daarbij te hulp met het zogenoemde *rechtsvermoeden*. Zzp'ers kunnen dat invoeren als zij drie maanden wekelijks, of gedurende minimaal twintig uur per maand, tegen betaling voor de opdrachtgever hebben

gewerkt.<sup>16</sup> Verondersteld wordt dan dat zij een arbeidsovereenkomst hebben. Het is aan de opdrachtgever om dat te ontcrachten. Het rechtsvermoeden geeft zzp'ers zo een procedureel voordeel, maar de vraag is of zij daarmee echt geholpen zijn. Zij moeten immers een procedure tegen de opdrachtgever starten. Zien zij daarvan af, dan blijft de deur van het werknemershuis gesloten. Trekken ze wel de stoute schoenen aan, dan valt nog maar te bezien of de rechter de claim zal toewijzen. De rechter beoordeelt namelijk de feitelijke werksituatie.<sup>17</sup> Dit oordeel kan verschillende uitpakken. Zo zijn tegen PostNL heel wat rechtszaken aangespannen. In de meeste gevallen kregen de pakketbezorgers nul op hun rekest.<sup>18</sup> Er waren echter ook rechters die royaler waren bij het uitdelen van entreebiljetten voor de werknemersbescherming.<sup>19</sup> De verklaring voor dit verschil ligt in de werkwijze: de rechter moet de werksituatie per geval beoordelen en daarbij alle relevante feiten en omstandigheden meewegen. Het totale plaatje is uiteindelijk bepalend.

### SCHIJNZELFSTANDIGHEID

In het juridische systeem is de contractvorm bepalend voor de geboden bescherming. Zolang de basisprincipes kloppen, hoeft dat geen probleem te zijn. Een zzp'er werkt bijvoorbeeld voor eigen rekening en risico, onderhandelt in vrijheid met zijn opdrachtgever over het tarief en is in staat daarin zijn risico's 'in te prijzen'. Maar er zijn ook situaties waarin de onderhandelingsmacht niet gelijkwaardig is verdeeld. De werkverschaffer zit dan al snel in de 'drivers seat'. Die weet als geen ander dat arbeidsovereenkomsten gepaard gaan met dure werkgeversverplichtingen. Hij weet ook dat hij de kosten kan beperken door aan te sturen op een overeenkomst van opdracht. Gemiddeld levert dat een kostenvoordeel op van zo'n 30 procent (IBO 2015: 46, figuur 3; Boot 2016). In tijden waarin efficiëntie en kostenbeheersing de boventoon voeren, werkt dit een vlucht in flexibele contractvormen in de hand. Als de drijfveer daarachter is dat zzp'ers goedkoper zijn dan werknemers, wordt in feite geconcurrereerd op arbeidsvoorwaarden. Dit veroorzaakt spanningen op de arbeidsmarkt. Zo wordt in bepaalde sectoren uit concurrentie- en/of bezuinigingsoverwegingen hoofdzakelijk of alleen nog maar met opdracht-overeenkomsten gewerkt (Barentsen 2015; IBO 2015: 35, 43 en 65).

Het kostenvoordeel dat is verbonden aan de opdrachtovereenkomst kan oneigenlijk gebruik in de hand werken. Bijvoorbeeld: een werknemer dreigt te worden ontslagen, maar kan blijven als hij bereid is *hetzelfde werk* te doen maar dan als zzp'er tegen een lager tarief. Dit riekt naar schijnzelfstandigheid. De omvang van dit probleem is moeilijk in te schatten. Sommigen suggereren dat circa één op de drie zelfstandigen werkt in een sector waar de grens tussen het werknemer- en ondernemerschap moeilijk valt te trekken (Dekker 2013: 19). Anderen concludeerden uit onderzoek in een aantal sectoren (zorg, bouw, transport en zakelijke dienstverlening) dat daar ongeveer twee procent van de zzp'ers op aandrang van de (voormalige) werkgever zzp'er is geworden. Bij ongeveer vijftien procent was dat het geval omdat er geen baan in loondienst voorhanden was (SEOR 2013). Deze per-

centages zijn slechts indicatief, maar ze geven wel aan dat er een groep zzp'ers is die door de combinatie van concurrentie- en kostenoverwegingen en rammelende rechtsbescherming in een kwetsbare positie kan terechtkomen (Boot 2016).

Om concurrentie op arbeidsvoorwaarden tegen te gaan, is op 1 juli 2015 de Wet aanpak schijnconstructies (Was) in werking getreden (Franssen 2015; Van der Kolk en Kreulen 2015). Deze wet richt zijn pijlen op schijnconstructies die werkgevers vooral in de (tuin)bouw en transportsector hanteren om hun loonkosten te drukken. Werkgevers sluiten daarbij meestal overeenkomsten van opdracht (of aanneemingsovereenkomsten) met derden bij wie hun werknemers werkzaamheden gaan verrichten. Bij onderbetaling biedt de wet deze werknemers de mogelijkheid om niet alleen hun directe werkgever, maar ook andere opdrachtgevers in de keten aan te spreken op betaling van achterstallig loon.<sup>20</sup> Zzp'ers kunnen hiervan gebruikmaken als zij via een bemiddelingsbureau arbeid verrichten voor een opdrachtgever (Kabinetsreactie 2015: 6). Functioneren ze daarbij in feite als werknemer, dan kunnen ze stellen dat ze ook als werknemer moeten worden betaald. Dat kan echter pas als vaststaat dat zij de arbeid in werkelijkheid verrichten op basis van een arbeidsovereenkomst. Het kabinet verwijst in dit verband naar het rechtsvermoeden, maar de Was neemt de daaraan klevende knelpunten niet weg. Het is daarom de vraag in hoeverre deze maatregel de positie van schijnzelfstandigen versterkt (zie hierover ook Boot 2016).

In paragraaf 9.2 werd al aangestipt dat de VAR-verklaring per 1 mei 2016 is vervangen door een nieuw systeem. Branche- en koepelorganisaties, maar ook individuele opdrachtnemers en opdrachtgevers, wordt de mogelijkheid geboden om opdrachtovereenkomsten die in de sector gebruikelijk zijn, vooraf door de Belastingdienst te laten toetsen.<sup>21</sup> In dit nieuwe systeem krijgen opdrachtgevers een duidelijk financieel belang bij een correcte uitvoering van de getoetste contracten. Immers, de opdrachtgever zal alsnog de achterstallige premies moeten afdragen aan de Belastingdienst als uit controle achteraf blijkt dat in werkelijkheid sprake was van een (fictief) dienstverband.<sup>22</sup> Dit kan helpen om schijnzelfstandigheid tegen te gaan. Punt blijft echter dat, bij onduidelijkheid over de ware aard van de arbeidsrelatie, pas *achteraf* zekerheid kan worden verkregen over mogelijke naheffingen en eventuele uitkeringsrechten. Dit is ook zo aan de arbeidsrechtelijke kant. Immers, ook daar beoordeelt de rechter *achteraf* of een zzp'er misschien werkzaam is geweest op basis van een arbeidsovereenkomst en dus kwalificeert voor de werknemersbescherming (paragraaf 9.3).

Om het kostenverschil tussen werknemers en zzp'ers te verkleinen, zouden voor zzp'ers minimumtarieven kunnen worden bedongen in cao's. Punt is hier dat de mededingingsregels het collectief bedingen van minimumtarieven voor zzp'ers *die zelfstandig ondernemer zijn* niet toestaan. Rechters hebben dit vereiste aangegrepen om een opening te creëren. Dat gebeurde in een zaak waarbij zzp'ers optraden

als vervanger van orkestleden met een arbeidscontract. Zij deden dus precies hetzelfde werk als de orkestleden. Het oordeel luidde dat zzp'ers in dat geval opereerden als schijnzelfstandigen en niet als zelfstandige ondernemers. Vanuit de optiek van het mededingingsrecht zijn cao-afspraken over minimumtarieven dan toegeestaan onder de voorwaarde dat er duidelijk een ondergeschiktheidsrelatie is. De zzp'er voert het werk bijvoorbeeld uit in het bedrijf van de opdrachtgever die ook de plaats, de aard en de inhoud van het werk bepaalt.<sup>23</sup> Deze beperking biedt sociale partners per saldo een smalle basis om op voort te bouwen bij toekomstige cao-onderhandelingen (Pennings 2015). Er is immers lang niet altijd sprake van een ondergeschiktheidsrelatie bij zzp-arbeid. Als die ontbreekt, biedt deze opening geen soelaas. Om een bredere groep zzp'ers te bereiken zijn daarom aanvullende maatregelen nodig. Te denken valt aan het opnemen van een exceptie voor bepaalde zzp'ers in de mededingingsregels, waarbij het vizier zich zou kunnen richten op zzp'ers die in een kwetsbare positie verkeren.

#### **ONVOLDENDE RUIMTE VOOR MAATWERK**

Door het hoge alles-of-niets-gehalte van het huidige beschermingssysteem vallen sommige zzp'ers tussen wal en schip. Er zijn bijvoorbeeld zzp'ers die ondanks een klein klantenbestand bewust IB-ondernemer zijn. Zij vallen buiten de beschermingsboot terwijl ze soms in een kwetsbare positie verkeren. Die kwetsbaarheid kan het gevolg zijn van een sterke afhankelijkheid van één opdrachtgever, weinig autonomie en een beperkte onderhandelingsmacht. Deze groep slaagt er lang niet altijd in om ondernemersrisico's structureel door te berekenen in hun tarieven, waardoor ze geen of maar een kleine financiële buffer opbouwen voor het opvangen van tegenslag. Dit kan gaan wringen bij langdurige arbeidsongeschiktheid. Ongeveer twee op de drie zzp'ers is daartegen niet verzekerd, terwijl langdurige arbeidsongeschiktheid grote financiële consequenties kan hebben (IBO 2015: 22). Onvoldoende pensioenopbouw is op dit moment nog niet echt een punt van zorg. De huidige gepensioneerde zzp'ers hebben gemiddeld ongeveer een even hoog aanvullend pensioen als de huidige gepensioneerde werknemers (IBO 2015: 19). Als de tendens om te concurreren op arbeidsvoorwaarden zich verder doorzet, kan het aantal zzp'ers met een ontoereikend aanvullend pensioen echter gaan groeien. Het gevolg hiervan kan zijn dat de groep kwetsbare zelfstandigen uiteindelijk toeneemt.

Om kwetsbaarheid voor zzp'ers te voorkomen, opent het recht soms het werknemershuis voor zelfstandigen. Dit gebeurt via de figuur van de 'fictieve dienstbetrekking' (paragraaf 9.2). Zzp'ers krijgen daarmee toegang tot de werknemersverzekeringen, terwijl zij daarop misschien helemaal niet zitten te wachten. Na deze kwalificatie zal de opdrachtgever immers premies moeten afdragen aan de Belastingdienst. Voor de opdrachtgever kan dat een reden zijn om de opdracht in te trekken. Ook voor 'ondernemende werknemers' kan het bestaande systeem te strak te zijn. Deze term doelt op ambitieuze, talentvolle werknemers die toege-

voegde waarde creëren voor hun werkgever door, op eigen initiatief, innovatieve bedrijfsactiviteiten te ontwikkelen (Stam en Liebrechts 2017). Hoewel zij opereren met een grote mate van autonomie en zeer zelfredzaam zijn, zitten ze in het werknemershuis omdat ze werknemer zijn. Ze hebben daarom recht op de volledige werknemersbescherming terwijl ze misschien best wat meer keuzevrijheid zouden willen. Per saldo ontstaat zo een 'mismatch': kwetsbare zelfstandigen krijgen soms te weinig bescherming en zelfredzame werknemers te weinig keuzevrijheid (IBO 2015: 72).

### SCHEVE VERHOUDINGEN

Globalisering en technologische vooruitgang zullen ook in de toekomst hoge eisen blijven stellen aan het aanpassingsvermogen van zowel werkverschaffers als werkenden. Flexibiliteit blijft daarom een belangrijk thema en dat geldt ook voor de inzet op kostenbeheersing en efficiëntie om concurrerend te blijven op de mondiale markt. De keuze voor het inhuren van zzp'ers blijft dan een aantrekkelijke optie. De verwachting is dan ook dat het aantal zzp'ers in de toekomst verder zal toenemen (Bosch et al. 2013: 152). Deze trend kan tot gevolg hebben dat de personenkring van de werknemersverzekeringen kleiner wordt. Daardoor vermindert de mogelijkheid om risico's met elkaar te delen en dus om solidariteit tussen verschillende groepen te organiseren. Het verschil in premie- en belastingdruk tussen werknemers en zelfstandigen kan bovendien gevoelens van onrechtvaardigheid oproepen. De bereidheid om aan het verplichte stelsel bij te dragen kan daardoor afnemen. Er zijn geen aanwijzingen dat dit proces zich al voltrekt. Bij een verdere toename van het aantal zzp'ers is dit echter wel een aandachtspunt (IBO 2015: 54 en 59).

Zzp'ers die IB-ondernemer zijn, komen sneller in aanmerking voor inkomensafhankelijke toeslagen (IBO 2015: 16). Met de groei van het aantal IB-ondernemers nemen zo de overheidsuitgaven toe, terwijl de inkomsten afnemen. Door de fiscale voordelen betalen zzp'ers immers minder belasting. Daar staan geen substantiële baten tegenover in termen van innovatie, economische groei en extra werkgelegenheid. Zzp'ers nemen immers in het algemeen geen personeel in dienst (IBO 2015: 8, 24 en 59). Daar komt bij dat in situaties waarin zzp'ers beschikken over weinig onderhandelingsmacht, de fiscale voordelen via lage tarieven naar de opdrachtgever gaan. Zij fungeren dan in feite als een soort tariefsubsidie voor opdrachtgevers (IBO 2015: 44, 46 en 70). Het bestaande systeem werkt zo scheve verhoudingen in de hand. Immers, het is niet uitgesloten dat uiteindelijk de belastingen moeten worden verhoogd om de extra overheidsuitgaven te dekken. Deze verhoging zal primair moeten worden opgebracht door werkgevers/opdrachtgevers en werknemers. Van hen wordt zo solidariteit verwacht met de groeiende groep zzp'ers voor wie dat in veel mindere mate geldt. Via de fiscale voordelen kunnen zij zich immers deels onttrekken aan belastingbijdragen.



## 9.4 HOE NU VERDER?

Uit het bovenstaande volgt dat de ‘beschermingsschoen’ op een aantal punten knelt. Dit is voor een belangrijk deel terug te voeren op de basiskeuze om werknemers en zelfstandigen anders te behandelen. De belangrijkste reden hiervoor is dat de ondergeschiktheidsrelatie, die kenmerkend is voor het werknemerschap, bij zelfstandigen ontbreekt. Voor dit uitgangspunt is best wat te zeggen. Maar soms is het scherpe onderscheid dat hiermee wordt gemaakt tussen werknemers en zelfstandigen te zwart-wit. Dit kan leiden tot situaties waarin dit onderscheid niet langer te rechtvaardigen is.

Het interdepartementaal beleidsonderzoek (IBO-rapport) adviseert in dit licht om toe te werken naar een gedifferentieerd beschermingssysteem voor alle werkenden, waarin de beschermingsbehoeften van de verschillende groepen werkenden vooropstaat. Het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen wordt daarmee niet losgelaten. De gedachte is eerder om het beschermingsniveau af te stemmen op de mate waarin de werker zelfredzaam is of juist afhankelijk is van zijn werkverschaffer (IBO 2015: 73-74). Het IBO-rapport stelt verder voor de kostenverschillen te verkleinen door de fiscale regimes voor werknemers en ondernemers dichter bij elkaar te brengen. Kort gezegd is de hoofdgedachte hier om de zelfstandigenaftrek om te bouwen tot een generieke lastenverlichting voor alle werkenden en andere fiscale faciliteiten beter te richten op hun doel, om innovatie en werkgelegenheids-groei te bevorderen (IBO 2015: 91).

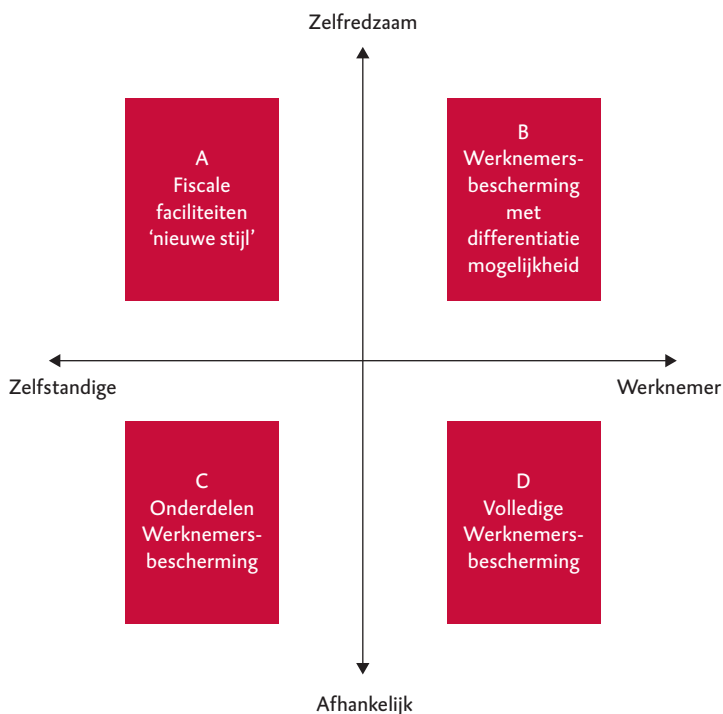
### EEN NIEUW HUIS VOOR DE WERKENDEN

Het kabinet lijkt open te staan voor het IBO-idee om op termijn een nieuw huis voor de werkenden te bouwen. Hoe dat huis eruit zal gaan zien is uiteindelijk een politieke beslissing. Het kabinet wil daarvoor de tijd nemen, zodat hierover een breed politiek en maatschappelijk debat kan worden gevoerd (Kabinetsreactie 2015: 5). In dat debat zullen fundamentele punten moeten worden aangevoerd.

Het begint al meteen met het basisontwerp. Immers, de drang om arbeid flexibel te organiseren zal in de toekomst niet verdwijnen. Het basisontwerp moet daartegen bestand zijn. Idealiter moet het zo zijn ingericht dat arbeidsorganisaties en werkenden goed kunnen meebewegen met veranderingen, dat de werkenden op hun waarde worden geschat, en dat de risico's voor alle betrokkenen worden verlaagd. De kunst is kortom te komen tot een meer gebalanceerde arbeidsflexibiliteit. Daarbij is de focus niet langer primair gericht op het kostenaspect, maar veel meer op het maken van weloverwogen, strategische keuzes die op de langere termijn baten opleveren voor werkgevers en de werkenden. Niet ‘snijden’ maar ‘groeien’ zou het devies voor de toekomst moeten zijn (TNO 2016).

Ook over het entreebiljet zal moeten worden gediscussieerd. Het bouwen van een huis voor de werkenden veronderstelt dat alle werkenden het huis kunnen betreden met hetzelfde biljet. Daarmee kunnen zij vervolgens, al dan niet tegen een meerprijs, toegang krijgen tot de verschillende kamers waarover het huis voor de werkenden beschikt. Het toegangsbiljet zou idealiter een uniform werkcontract moeten zijn. Om recht te kunnen doen aan de verschillende beschermingsbehoeften zou dat contract gedifferentieerde beschermingsmogelijkheden moeten bieden. De vraag in hoeverre de werker zelfredzaam of juist afhankelijk is van zijn werkverschaffer zou daarbij als leidraad kunnen dienen. Hoe zo'n gedifferentieerd beschermingssysteem eruit zou kunnen zien, geeft het aan het IBO-rapport ontleende schema in figuur 9.1 weer (IBO 2015: 73).

**Figuur 9.1** Gedifferentieerd beschermingssysteem



Bron: IBO 2015: 73.

#### **BALANCEREN TUSSEN KEUZEVRIJHEID EN BESCHERMING**

Het schema voegt aan het huidige onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen een nieuwe dimensie toe. De verticale lijn die loopt van zelfredzaamheid naar afhankelijkheid weerspiegelt die dimensie. Door toevoeging daarvan ontstaan vier kwadranten. De plaats van werkenden in een van de kwadranten is niet statisch. Switchen tussen het werknemer- en het ondernemerschap komt immers regel-

matig voor en dat zal ook in de toekomst zo blijven. Bovendien kunnen werkenden in de ene fase van hun leven (heel) zelfredzaam zijn en in een andere fase (zeer) afhankelijk worden. Dat moet zich kunnen vertalen in de overgang naar een ander kwadrant met een ander beschermingsniveau.

Kwadrant A is bedoeld voor de zelfredzame zelfstandigen. Zij vertegenwoordigen de ‘echte’ zelfstandigen en de zzp’ers die IB-ondernemer zijn. Het vaststellen wanneer een zelfstandige zelfredzaam is, zou kunnen worden bepaald aan de hand van het huishoudinkomen. Ligt dat boven een bepaalde grens, dan wordt zelfredzaamheid verondersteld. Deze groep heeft dan geen toegang tot de werknemersbescherming maar eventueel wel tot fiscale voordelen. In het licht van de knelpunten genoemd in paragraaf 9.3 ligt het voor de hand om voor de vormgeving daarvan de aanpassingsvoorstellen van het IBO nader te onderzoeken.

Zelfredzame werknemers worden ingedeeld in kwadrant B. Dat zijn bijvoorbeeld de ‘ondernemende werknemers’ die werken op basis van een arbeidsovereenkomst. Kenmerkend voor zelfredzame werknemers is dat ze werken met een grote mate van zelfstandigheid. Ondergeschiktheid aan de werkgever is dan geen hoofdkenmerk meer en dat biedt ruimte om meer variatie aan te brengen in de geboden bescherming. Daarbij zou een ‘opt-out’-systeem kunnen worden gebruikt. Deze werknemers hebben dan in beginsel recht op de volledige werknemersbescherming, maar kunnen opteren voor minder bescherming, waarbij de wetgever bepaalt wat de keuzemogelijkheden zijn. Dit is een wat andere invulling dan het IBO-rapport voorstelt. Daarin wordt geopperd om de differentiatie voor zelfredzame werknemers vooral te zoeken in het ontmoedigen van bovenwettelijke afspraken in cao’s (IBO 2015: 73).

Het model gaat ervan uit dat er ook in de toekomst werkenden zullen zijn die in dienst van een werkgever arbeid verrichten. Daarbij past ongelijkheidscompensatie als grondprincipe. In het schema komt deze gedachte terug in kwadrant D. Dit kwadrant is bestemd voor werknemers die ondergeschikt zijn aan en economisch afhankelijk van hun werkgever. Net als nu komt deze groep in aanmerking voor de volledige werknemersbescherming.

Kwadrant C is bestemd voor zzp’ers met een huishoudinkomen dat ligt onder een bepaalde grens. Zij opereren als zelfstandigen maar verkeren in een kwetsbare positie, bijvoorbeeld omdat ze voor hun inkomen afhankelijk zijn van een enkele opdrachtgever en/of werken tegen lage tarieven waardoor ze te weinig reserves kunnen opbouwen. Het IBO-rapport stelt voor hun onderhandelingspositie te versterken door gedragscodes te ontwikkelen, goed opdrachtgeverschap te stimuleren en hun positie bij cao-onderhandelingen te verstevigen (IBO 2015: 66 en 73). Het is de vraag of dit afdoende is. Wellicht moet er nog een stap verder worden gezet, door bepaalde onderdelen van de werknemersbescherming open te stellen voor

zelfstandigen in kwadrant C. De wetgever zou bijvoorbeeld het boetebeding bij uitblijvende of te late betaling, een minimale opzegtermijn en/of het principe van goed opdrachtgever- en opdrachtnemerschap op deze groep van toepassing kunnen verklaren (Westerveld 2013: 96-97; Boot 2016).

De vraag is of dat ook zou moeten gelden voor onderdelen van de werknemersverzekeringen. Volgens het IBO-rapport ligt dat voor het risico van werkloosheid en ziekte minder voor de hand. Immers, het tijdelijk hebben van onvoldoende werk behoort tot het ondernemersrisico en ook bij ziekte lijkt het, vanuit de aard van de opdrachtgever-opdrachtnemerrelatie, wenselijk om een eigenrisicoperiode aan te houden als onderdeel van het ondernemersrisico (IBO 2015: 68). Bij langdurige arbeidsongeschiktheid ligt dat anders. Dat is een risico dat zich lastig laat inschatten en nogal eens wordt onderschat, terwijl het grote financiële gevolgen kan hebben. De eventuele buffers zijn dan al snel uitgeput. Daar komt bij dat dit risico, zeker naarmate de gezondheid slechter is, moeilijk of alleen tegen hoge kosten is te verzekeren op de particuliere verzekeringsmarkt. Dit roept de vraag op hoe het arbeidsongeschiktheidsrisico kan worden gedekt.

#### **OPTIES VOOR HET VERZEKEREN VAN HET ARBEIDSONGESCHIKTHEIDSRISICO**

Voor het verzekeren van het arbeidsongeschiktheidsrisico zijn meerdere opties denkbaar. De eerste speelt in op de stelregel dat zelfstandigen niets moeten hebben van verplichte verzekeringen (Brown 2011). Voor de hand liggende opties zijn uitbreiding van de vrijwillige verzekering voor de Wet WIA, of een 'opting-in'-systeem waarbij zzp'ers in kwadrant C zelf kunnen bepalen of ze willen toetreden tot de Wet WIA. Stichting ZZP Nederland ziet beide opties als een reële mogelijkheid, mits de polisvoorwaarden en de dekking voldoende flexibiliteit bieden, zodat recht kan worden gedaan aan de specifieke behoeften van zelfstandig ondernemers. Varianten waarbij de aansluiting bij de Wet WIA verplicht wordt voorgeschreven, kunnen duidelijk op minder draagvlak rekenen (Post 2016).

De beschermingsgedachte wordt zwaarder aangezet als zou worden gekozen voor een verplichte basisverzekering voor alle werkenden. De charme van zo'n systeem is dat alle werkenden daaraan meebetalen, waardoor een brede spreiding van risico's en een bepaalde mate van solidariteit kan worden gerealiseerd. In het licht van de verwachte groei van het aantal zzp'ers en andere ontwikkelingen die in rap tempo op ons afkomen, is er voor zo'n breed opgezet systeem veel te zeggen. Zo vragen ook de gevolgen van de robotisering en de opkomst van digitale 'matchingsplatformen', om een brede spreiding van risico's. Een wettelijk verplichte basisverzekering voor alle werkenden biedt de mogelijkheid om daarin te voorzien en verdient daarom serieuze overweging.

Het CDA heeft in december 2015 een voorstel gelanceerd voor invoering van een, bij voorkeur, verplichte basisverzekering voor alle werkenden die de eerste twee jaar van het arbeidsongeschiktheidsrisico dekt. Het gaat daarbij om een dekking op bestaansminimumniveau, waarbij bij volledige arbeidsongeschiktheid een uitkering van 70 procent van het wettelijk minimumloon wordt verstrekt. Voor *werknemers* komt deze verzekering grotendeels in de plaats van de loonbetaling bij ziekte, die in dit voorstel wordt beperkt tot de eerste acht weken van de ziekte. Daarna komt de basisuitkering in beeld, die na twee jaar ziekte kan worden gevolgd door een WIA-uitkering. Voor werknemers zou de Ziektewet gedurende de eerste twee jaar als aanvullende voorziening kunnen dienen. Daaraan zouden werknemers dan een uitkering kunnen ontleen die de basisuitkering aanvult tot 70 procent van het dagloon. Voor *zelfstandigen* keert na twee jaar de vrijheid terug om zelf te besluiten of de verzekering wordt gecontinueerd. Ook tijdens de eerste twee jaar is er keuzevrijheid. Zelfstandigen kunnen dan namelijk zelf aanvullende voorzieningen treffen. Stichting ZZP Nederland vindt het CDA-voorstel om die reden bespreekbaar. Ook de relatief korte duur en de daarmee samenhangende relatief betaalbare premie, spelen hierbij een rol. Wel vindt Stichting ZZP Nederland dat als de uitvoering van de basisverzekering wordt overgelaten aan de markt, de overheid daarvoor een transparant en evenwichtig wettelijk kader moet scheppen dat recht doet aan de specifieke behoeften van zelfstandig ondernemers (Post 2016: 3).

Het CDA-voorstel is inmiddels ter advisering aan de SER voorgelegd. Dit als onderdeel van een bredere adviesaanvraag over de vraag hoe kan worden gekomen tot een sluitende inkomenswaarborg bij ziekte en arbeidsongeschiktheid voor werknemers en zzp'ers (SER 2015). Hoe het eindoordeel zal luiden, moet worden afgewacht. Duidelijk is wel dat met deze adviesaanvraag het debat over een belangrijke bouwsteen van het huis voor de werkenden is geopend. In dat debat zouden ook andere bouwstenen moeten worden betrokken. De toenemende flexibiliteit op de arbeidsmarkt vraagt immers om een breed ontwerp van beschermingsvormen die daarbij passen. Het Scandinavische systeem zou daarbij als inspiratiebron kunnen dienen. Daarin zijn rechten en plichten namelijk gedefinieerd op het niveau van de burgers en niet gekoppeld aan het arbeidscontract. Door deze bredere benadering tot uitgangspunt te nemen, gaat het debat ook over 'moderne' sociale risico's, zoals het risico van onvoldoende pensioenopbouw, onvoldoende aandacht voor het belang van scholing en doorontwikkeling van de werkenden, en het risico van stokkende inkomsten als gevolg van gebrek aan opdrachten. Dit soort risico's vragen om eigentijdse beschermingsvormen die het beste op het niveau van de burger kunnen worden ingestoken. Het Scandinavische model laat zien dat dit kan uitmonden in een gebalanceerd systeem dat bescherming biedt tegen de toenemende flexibiliteit op de arbeidsmarkt en burgers tegelijkertijd een zekere keuzevrijheid laat. Voorwaar: een wenkend perspectief!

## 9.5 CONCLUSIE

Deze bijdrage heeft laten zien hoe het recht worstelt met de zzp-problematiek. Deze worsteling hangt nauw samen met de juridische spelregels. Die zijn te strak. Daardoor komen sommige zzp'ers in het werknemersregime terecht terwijl ze dat helemaal niet willen; andere zzp'ers vallen buiten de beschermingsboot terwijl ze wel bescherming nodig hebben. Of dit systeem toekomstbestendig is valt te betwijfelen. Daarom wordt gepleit voor een meer gedifferentieerde benadering, waarbij de geboden bescherming wordt afgestemd op de beschermingsbehoeften van de werkenden en wordt losgekoppeld van het type arbeidscontract. De uiteindelijke invulling hiervan is een politieke beslissing. De kunst is daarbij een goede balans te vinden tussen arbeidsflexibiliteit, keuzevrijheid en bescherming. Dat is een belangrijke opdracht voor de toekomst.

## NOTEN

- 1 De overeenkomst tot aanneming van werk blijft in dit essay buiten beschouwing.
- 2 Art. 7:610 BW.
- 3 Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wml) resp. art.7:616/7:625 BW, art. 7:629 BW en art. 7:628 BW.
- 4 Art. 7:667- art. 7:687 BW.
- 5 Arbeidstijdenwet en Arbeidsomstandighedenwet.
- 6 Werkloosheidswet (ww), Ziektewet (zw) en Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen (Wet wIA). De zw dient als vangnet voor situaties waarin geen aanspraak op doorbetaling van loon bestaat: art. 29 lid 2 zw.
- 7 Art. 7:400 BW.
- 8 Art. 7:405 BW.
- 9 Art. 6 Mededingingswet. Zie voor een uitzondering paragraaf 9.3.
- 10 Relevante toetsingscriteria zijn bijvoorbeeld de wijze van betaling (uurtje-factuurtje), de mate van zelfstandigheid (vrijheid om werk(tijden) zelf te bepalen), of vervanging is toegestaan, het aantal opdrachtgevers, de winstverwachting en investeringsomvang, een eigen BTW nummer en inschrijving bij de Kamer van Koophandel.
- 11 Zie hiervoor verder paragraaf 9.3. Tot 1 mei 2017 geldt een overgangsjaar waarin de fiscus vooral waarschuwingen geeft.
- 12 Toegang tot de werknemersverzekeringen vereist dat de overeenkomst minimaal 30 dagen duurt en dat er wekelijks minimaal 40% van het bruto minimumloon wordt verdiend (art. 5 ‘Rariteiten-KB’). Voor het minimumloon moet de arbeidsverhouding minimaal drie maanden duren en er moet gemiddeld minimaal vijf uur per week worden gewerkt (art. 2 Besluit minimumloon). Deze vereisten gaan in de toekomst mogelijk verdwijnen: *Kamerstukken II*, 2012/2013, 33 623. Zie ook de Kamerbrief van 21 april 2016, ref. 2016-000107562. Zie ook Boot, 2016.
- 13 Art. 2 lid 1 B-WML en art. 5 lid 2 ‘Rariteiten-KB’.
- 14 Zie in dit verband ook het Besluit van 8 april 2016, Staatsblad 2016, 165 waarin is geregeld dat de bepalingen omtrent de fictieve dienstbetrekking niet van toepassing zijn als de opdrachtgever en opdrachtnemer die bepalingen in een schriftelijke (model)overeenkomst buiten spel hebben gezet.
- 15 In 2015 kwam het ‘Duurzaam Bezorgmodel’ tot stand. PostNL en FNV kwamen daarin overeen dat bij PostNL werkzame, zelfstandige pakketbezorgers twee opties kregen voorgelegd: in loondienst treden bij PostNL of doorgaan als zelfstandig ondernemer tegen een 10% hogere vergoeding. De meeste pakketbezorgers kozen voor deze laatste optie. Zie L. van den Berg, 2016.
- 16 Art: 7:610b BW.
- 17 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:263 (Groen/Schoevers) en HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU 8929 (Notarissen-arrest). Zie ook Jansen en Loonstra, 2010:4-10.

- 18 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Noord Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:11226, 11230 en 11232; Rechtbank Oost Brabant 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2015:83. Zie ook Boot, 2016.
- 19 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152.
- 20 Art. 7:616a en 616b BW.
- 21 Zie voor de toetsingscriteria de Handreiking Beoordelingskader Arbeidsrelaties.
- 22 Zie voor details: Kamerstukken II, 2014/15, 34036 (Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie) en Handelingen Eerste Kamer, 2015/16, 34036, K.
- 23 Hof van Justitie EU, 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:2014:2411 (FNV Kiem vs Nederlandse Staat) en Hof Den Haag, 1 september 2015, ECLI:GHDHA:2015:2305. Zie hierover ook Boot, 2016.



## LITERATUUR

- Aerts, M. (2013) 'De zzp'er en enkele beleidsdilemma's', pp: 103-120 in F. Dekker (red.) *En toen waren er zzp'ers*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers.
- Barentsen, B. (2015) 'Broodroof', *TRA* 1.
- Berg, L. van den (2016) 'Zelfstandige pakketbezorgers niet zo zelfstandig?', *VAAN AR Updates annotaties*, AR 2016 0046.
- Boot, G.C. (2016) 'Schijnzelfstandigen: de rekenaar, de werkgever en de rechter', *TRA* 44.
- Bosch, N. et al. (2013) 'Een blik op de toekomst', pp: 137-153 in F. Dekker (red.) *En toen waren er zzp'ers*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers.
- Brown, S., M. Dietrich, A. Nunez en K. Taylor (2011) 'Self-employment and attitudes toward risks: timing and observed heterogeneity', *Journal of Economic Psychology* 32, 2: 425-433.
- Dekker, F. (2013) 'De groei van het zzp-schap', pp: 13-33 in F. Dekker (red.) *En toen waren er zzp'ers*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers.
- Franssen, E.J.A. (2015) 'De Wet aanpak schijnconstructies: de ketenaansprakelijkheid', *ArbeidsRecht* 40.
- Harris, D. en A.B. Krueger (2015) *A proposal for modernizing labor laws for twenty-first-century work: 'The independent worker'*, Hamilton project, discussion paper 2015-10.
- IBO (2015) *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, Den Haag: IBO.
- Jansen, C.J.H. en C. Loonstra (2015) 'Art. 7:610 BW en de partijbedoeling', *TAP* 2010: 4-10.
- Kabinetsreactie IBO-zzp van 2 oktober 2015, kenmerk: 2015/0000263520.
- Kolk, A. van der, en M. Kreulen (2015) 'Ketenaansprakelijkheid nu en in de ( nabije) toekomst', *ArbeidsRecht* 24.
- Pennings, F.J.L. (2015) 'Schijnzelfstandigen: de sociale partners zijn nu aan zet', *TRA* 33.
- Post, M. (2016) *Algemene basisverzekering voor arbeidsongeschiktheid*, notitie Zzp Nederland.
- SEOR (2013) *Zzp tussen werknemer en ondernemer*, Rotterdam: SEOR.
- SER (2010) *Zpp-ers in beeld; een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel*, publicatienummer10/04, Den Haag: SER.
- SER (2015) *Adviesaanvraag langdurige werkloosheid en loonbetaling bij ziekte*, 18 december, 2015-0000313658.
- Stam, E. en W.L. Liebrechts (2017) *Ondernemende werkenden*, in deze bundel.
- TNO (2016) *Gebalanceerde flexibiliteit; tien voorbeelden uit de praktijk*, Leiden: TNO.
- Westerveld, M. (2013) 'Arbeidsrecht en zzp'ers, net even anders', pp: 85-100 in F. Dekker (red.) *En toen waren er zzp'ers*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers.