

Dé ZZP'er bestaat niet. Empirische, statistische en arbeidsrechtelijke beschouwingen over de zelfstandige zonder personeel

Ruben Houweling¹

1. Inleiding

Dé zzzp'er bestaat niet.² Achter deze soortnaam gaat namelijk een grote verscheidenheid schuil. Te denken valt aan de HR-professional, de freelance journalist, de rij-schoolinstructeur, de schilder, de kraamverzorger, de kapster, de interim-manager, enzovoort. De ene zzzp'er biedt producten aan, terwijl de andere zzzp'er vooral diensten aanbiedt, in het bijzonder zijn of haar arbeidskracht. Dit maakt een debat over zzzp'ers op voorhand ingewikkeld. Heeft men namelijk de onderbetaalde zzzp-postbezorger op het netvlies staan dan komt men tot andere conclusies, dan wanneer men de duur betaalde zzzp-HR-professional als referentiekader neemt. Desondanks spreken we vaak van dé zzzp'er, ook in het arbeidsrecht.

De zzzp'er in het arbeidsrecht is niet nieuw.³ Sterker nog, door de overheid wordt het zelfstandig ondernemerschap al jarenlang gestimuleerd en belangrijk gevonden. Het biedt namelijk een aantal voordelen. Zo verhoogt het de arbeidsparticipatie, in het bijzonder van personen die anders niet of moeilijk op de arbeidsmarkt actief kunnen zijn. Daarnaast vermindert het een beroep op de werknemersverzekeringen en zorgt het voor flexibiliteit bij zowel de werker als werkverschaffer.

Met name de laatste jaren is de aandacht voor de zzzp'er toegenomen. Uit de populaire media bereikten ons dan met name berichten van plotselinge uitruil van werknemerschap tot zzzp-schap 'tegen wil en dank', enorme misstanden en uitbuiting in onder andere de postsector en de bouw.⁴ Er lijkt iets goed mis te gaan op de arbeidsmarkt en het arbeidsrecht schiet (kennelijk) tekort. Bestudeert men de verschillende empirische en statistische onderzoeken over de zzzp'er, dan ontstaat (ook) een ander

1 Prof. mr. dr. A.R. Houweling is hoogleraar Arbeidsrecht aan de Erasmus School of Law.

2 Naar het voorwoord van P. Hasekamp bij het *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, april 2015, p. iii.

3 Reeds in de jaren '90 werd aandacht gevraagd voor dit onderwerp. Zie bijvoorbeeld reeds M. Verheul, *De schijnzelfstandige en het arbeidsrecht*, in: P.F. van der Heijden, *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 21 e.v.; en ruim tien jaar later D.J.B. de Wolff en F.J.L. Pennings, *Dienstbetrekking of zelfstandig ondernemerschap, de reikwijdte van de sociaalrechtelijke bescherming van zelfstandigen zonder personeel*, in: M.S. Houwerzijl en S.M.M. Peters (red.), *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer 2009; A.R. Houweling, *ZZP: wat wil, moet en doet het arbeidsrecht ermee?*, *ArbeidsRecht* 2011 8/9, p. 14-19 en G.C. Boot, *Zzzp-ers: flexibiliteit, bescherming en zekerheid*, Leiden (oratie) 2012.

4 Zie bijvoorbeeld: <http://www.ad.nl/ad/nl/5597/Economie/article/detail/3431641/2013/04/25/Bouwvakkers-in-het-nauw-Het-is-gewoon-uitbuiting.dhtml> (laatstelijk geraadpleegd op 16 november 2015); en <http://www.zzzp-nederland.nl/nieuws/54196-postnl-koeriers-lijken-op-vogelvrije-we> (laatstelijk geraadpleegd 16 november 2015).

beeld.⁵ Zzp'ers zijn niet 'plotseling' ontstaan maar maken al jaren deel uit van onze arbeidsmarkt. Veel zzp'ers zijn zeer tevreden en hebben geen behoefte aan additionele (arbeids)rechtelijke bescherming. Zij zijn immers zelfstandigen en geen werknemers.⁶ Dit spanningsveld tussen zelfstandig ondernemerschap enerzijds en werknemerschap anderzijds roept in het juridische discours nieuwe vragen op: mag bij cao een minimumloontarief worden bepaald voor zzp'ers of handelen we dan in strijd met het mededingingsrecht?⁷ Komen zzp'ers een beroep toe op artikel 6 ESH en de daarbij behorende stakingsarresten van de Hoge Raad indien ze het werk neerleggen om een hoger 'loon' te bedingen?⁸ Komt een zzp'er een beroep toe op artikel 7:658 BW?⁹ En komt een afhankelijke zzp'er enige ontslagbescherming toe?¹⁰

Maar is er wel behoefte aan die arbeidsrechtelijke bescherming onder zzp'ers? Wat is het werkelijke probleem voor zzp'ers en welke problemen creëren zij voor anderen (met name werknemers)? Is er sprake van een verschuiving op de arbeidsmarkt die veeleer verband houdt met gewijzigde opvattingen over samenleven, werkverhoudingen, opleidingsniveau, transnationale mobiliteit en open (arbeids)markten of vindt er inderdaad uitbuiting op de arbeidsmarkt plaats middels 'schijnzelfstandigheid'?¹¹ Anders geformuleerd: zijn er zoveel werkenden die uit zijn op zelfstandigheid, of weigeren werkverschaffers hen simpelweg als werknemer in dienst te nemen? Indien dat laatste het geval is, kan men zich vervolgens afvragen welke oorzaak daaraan ten grondslag ligt. Is het arbeidsrecht te 'werkgeversvriendelijk' geworden? In het verlengde daarvan zou men zich kunnen afvragen of de stijging van het aantal zzp'ers dan geen wijziging van het huidige arbeidsovereenkomstenrecht met zich zou moe-

5 Zie onder andere *ZZP'ers in beeld. Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel*, SER Advies 10/04, Den Haag 2010.

6 *Stand van zaken. Zelfstandigen zonder personeel in Nederland*, ZZP Nederland 2014. Zie http://www.zzp-nederland.nl/files/File/ZZP%20Nederland_StandVanZaken.pdf (laatstelijk geraadpleegd 16 november 2015). Uit internationaal onderzoek blijkt zelfs dat een toenemend deel van de werknemerspopulatie als zzp'er aan de slag zou willen: W. Eichhorst c.s., *Social Protection Rights of Economically Dependent Self-Employed Workers*, IPOL 2013 p. 19.

7 G.C. Boot, Groen Schoevers op losse schroeven?, *ArbeidsRecht* 2015/14 n.a.v. Hof van Justitie EU 4 december 2014, C 413/13.

8 J.H. Even, Arbeidsverhoudingen, de weg van de minste weerstand en de cao, *AR 2015-0666* n.a.v. Rechtbank Midden-Nederland 20 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373 (Koninklijke Post NL B.V. c.s./X).

9 P.L.M. Schneider, Is de zzp'er 'een persoon' in de zin van art. 7:658 lid 4 BW?, *TAP 2011-7* n.a.v. HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616. Zie ook A.R. Houweling en P.L.M. Schneider, *De zelfstandige zonder personeel*, in: A.R. Houweling en G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: BJu 2012 p. 403-451.

10 Met name deze laatste vraag is sinds de zomer van 2015 actueel. Met de invoering van de tweede tranche van de Wet werk en zekerheid (wwz) is de zogenoemde 'bba-werknemer' komen te vervallen, waardoor afhankelijke zzp'ers geen ontslagbescherming meer genieten in de vorm van een preventieve toets. Zij zullen daarvoor eerst een beroep moeten doen op artikel 7:610(a) BW en van kleur moeten verschieten (van ondernemer naar werknemer) om aanspraak te kunnen maken op de gewenste bescherming.

11 Dit is een van de belangrijke conclusies zoals volgt uit het EU-onderzoek: W. Eichhorst c.s., *Social Protection Rights of Economically Dependent Self-Employed Workers*, IPOL 2013.

ten brengen. Indien de stijging van het aantal zzp'ers doorzet (thans 12,5% van de beroepsbevolking), kan men zich tot slot afvragen wat dat betekent voor de financiering en houdbaarheid van het huidige sociale zekerheidstelsel.

Vanwege de zeer uiteenlopende beelden rondom 'dé zzp'er', heb ik bij het formuleren van een antwoord op deze vragen het afgelopen kwartaal – naast het klassieke literatuuronderzoek – met name veldonderzoek verricht in de vorm van enquêtes en diepte-interviews onder zzp'ers, belangenorganisaties van zzp'ers en zzp-verenigingen. De enquêtevragen werden schriftelijk afgenomen.¹² Naar aanleiding van deze enquêtes werd met een aantal personen diepte-interviews gehouden.¹³ Bij afronding van dit bescheiden veldonderzoek verscheen het interdepartementaal beleidsonderzoek *Zelfstandigen zonder personeel* (IBO 2015).¹⁴ In deze bijdrage doe ik verslag van de resultaten van beide onderzoeken (op onderdelen aangevuld met cijfers van het CBS en internationaal onderzoek naar self-employed workers).¹⁵ Achtereenvolgens bespreek ik de algemene kenmerken en ontwikkelingen van zzp'ers op de arbeidsmarkt inclusief het fenomeen 'schijnzelfstandigen' (par. 2) om daarna wat dieper in te gaan op de themata inkomen, arbeidsongeschiktheid, pensioen en scholing (par. 3) en te besluiten met een aantal conclusies en oplossingsrichtingen voor de problemen die hierna worden gesignaleerd (par. 4).

2. Algemene kenmerken en ontwikkelingen

2.1 *Definities*

Wat verstaan we onder zzp? Volgens het IBO is een zzp'er 'een persoon die een inkomen verkrijgt door voor eigen rekening en risico een bedrijf of beroep uit te oefenen en geen personeel in dienst heeft'.¹⁶

12 De volgende vragen werden gesteld: Hoe definieert u de zelfstandige zonder personeel? Wat zijn volgens u de kenmerken van de zzp'er? Hoeveel zzp'ers vertegenwoordigt u? Welke branches? Waarom kiezen werkers voor het zzp-schap? Waarom kiezen werkverschaffers voor zzp'ers? Wat zijn de voornaamste redenen dat een zzp'er zijn zzp'schap beëindigt? Welke regelingen faciliteren zzp-schap? Welke regelingen belemmeren zzp-schap? Zijn zzp'ers voldoende beschermd tegen inkomensderving door (tijdelijk) werkverlies? Zijn zzp'ers voldoende beschermd tegen inkomensderving door arbeidsongeschiktheid? Is de pensioenvoorziening voor zzp'ers voldoende geregeld en zijn zzp'ers voldoende op pensioen voorbereid? Hebben zzp'ers behoefte aan meer (rechts)bescherming zoals de reguliere werknemer die geniet? Wat vindt u van de volgende stelling: 'Een zzp'er komt momenteel voldoende (rechts)bescherming toe.' 'Een zzp'er loopt momenteel te veel (inkomens)risico.' 'De (over)regulering van de arbeidsovereenkomst dwingt werkverschaffers met zzp'ers te werken.' 'Het merendeel van de ZZP'ers is eigenlijk schijnzelfstandige.'

13 Aan dit onderzoek hebben deelgenomen FNV sector Bouw, FNV Zelfstandigen, ZZP Netwerk Nederland (6.000 leden), Ikwordzzper.nl (36.000 leden), ZZP Café (2.000+ leden). Beleidsmedewerkers SZW verwezen naar IBO-rapport.

14 *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, april 2015. Zie ook de reactie van het kabinet: Kamerbrief 2 oktober 2015, 2015-00000263520.

15 Met name het rapport *Achtergrondkenmerken en ontwikkelingen van zzp'ers in Nederland*, CBS 2014.

16 *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, april 2015, p. vi.

De SER sluit aan bij het fiscaalrechtelijke begrip 'ondernemer': 'Een zzp'er is een ondernemer die geen personeel in dienst heeft, waarbij voor de vaststelling of er sprake is van een ondernemer de volgende criteria gelden, zoals ook gehanteerd door de Belastingdienst in het kader van de inkomstenbelasting:

- zelfstandigheid bij de inrichting van de eigen werkzaamheden en het uitvoeren daarvan;
- het voor eigen rekening en risico verrichten van werkzaamheden;
- het gericht zijn op en het perspectief hebben van het maken van winst;
- bekendmaking van het ondernemerschap;
- het streven naar meerdere opdrachtgevers.¹⁷

Het CBS 2014 sluit weer aan bij de International Classification of Status in Employment (ICSE'93): 'Een zelfstandige is een persoon met als (hoofd)baan het verrichten van arbeid voor eigen rekening of risico in een eigen bedrijf of praktijk, of in het bedrijf of de praktijk van een gezinslid, of in een zelfstandig uitgeoefend beroep, of als directeur grootaandeelhouder.¹⁸

Uit de verschillende interviews waarin werd gevraagd naar een definitie van zzp-schap, keerden als dominante gezichtspunten terug (1) *bewuste* keuze voor ondernemerschap; (2) zelf genereren van inkomen en risico lopen; (3) het doen van acquisitie; en (4) het hebben van onafhankelijkheid.

In de onlangs overeengekomen modelovereenkomst ZZP Bouw¹⁹ ziet men duidelijk deze elementen terugkeren. Ter verduidelijking van 'onafhankelijkheid' wordt in deze modelovereenkomst aangegeven dat de zzp'er eigen werkkleding draagt (en dus niet die van de opdrachtgever); zelf de werktijden en werkprocessen indeelt (binnen de kaders van de opdracht); eigen materialen gebruikt en gebruik maakt van zijn eigen voertuigen.²⁰

Voor het arbeidsrecht is het voorgaande in die zin interessant, dat indien de fiscaalrechtelijke benadering (ondernemer in de zin van de IB) wordt gevolgd er afstemming zal moeten (blijven) plaatsvinden tussen de fiscale kamer en de civiele kamer om te voorkomen dat we in dezelfde feitelijke situatie tot fiscaalrechtelijk ondernemerschap en civielrechtelijk werknemerschap concluderen. Dat zou dan betekenen dat de zzp'er naar civiel recht 'werknemer' is, maar dat er in fiscaalrechtelijke zin sprake is van ondernemerschap. En aangezien de heffingen voor werknemersverzekeringen via de Belastingdienst lopen is niet uit te sluiten dat er geen werknemersheffingen zijn ingehouden. In zekere zin gebeurt deze afstemming al doordat de Hoge

17 *ZZP'ers in beeld. Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel*, SER Advies 10/04, Den Haag 2010, p. 52.

18 *Achtergrondkenmerken en ontwikkelingen van zzp'ers in Nederland*, CBS 201, p. 5.

19 http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/vb_zelfstandigen_bouw_dv10151z1ed.pdf (laatstelijk geraadpleegd 16 november 2015).

20 Ook bij het voorbeeldmodel voor artiesten keren soortgelijke elementen terug: zelf invulling geven aan de inhoud van de opdracht, beperkt gebruik van materialen opdrachtgever, zelf reclame maken enzovoort. Zie: http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/voorbeeldovereenkomst_ind_artiest_dv10051z1ed.pdf (laatstelijk geraadpleegd 16 november 2015).

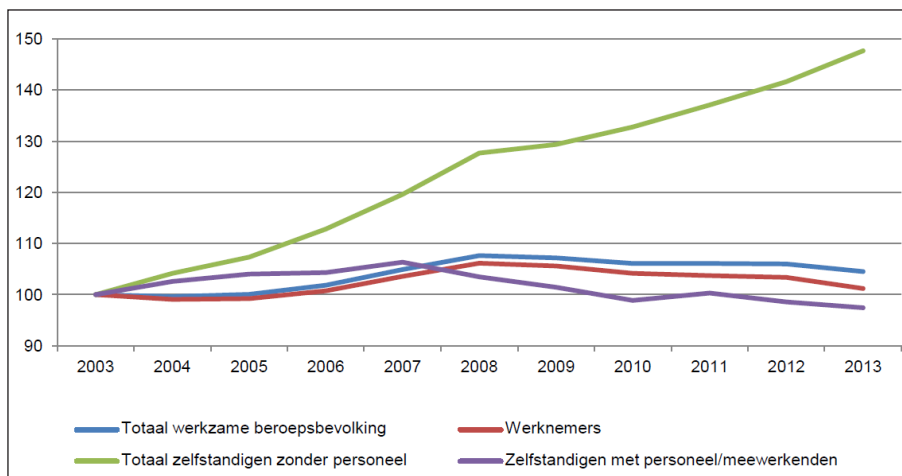
Raad in het Notarissen-arrest²¹ uitdrukkelijk aansluiting heeft gezocht bij Groen/Schoevers.²² Het belang van een uniforme uitleg wordt enkel benadrukt.

Uit de diverse definities en de reacties van de respondenten, leidt ik af dat voor de kwalificatievraag zaken als acquisitie doen, het gebruiken van eigen materialen en het nastreven van winst (en dus lopen van ondernemersrisico) belangrijke gezichtspunten zijn. Voor dit onderzoek heb ik de definitie van IBO gevolgd, omdat daarmee alle vormen van zzp-schap vallen (dus de meest ruime definitie).

2.2 Aantallen en groei

Het aantal zzp'ers is van 330.000 in 1996 gegroeid naar meer dan 800.000 in 2014. De groei onder zzp'ers is hoger dan de toename van de beroepsbevolking (figuur 1). Figuur 1 laat ook zien dat de groei van het aantal zzp'ers vóór de crisis progressiever was dan daarna.

Figuur 1. Percentuele groei zzp'ers met 2003 = 100% (bron: IBO 2015, p. vi)



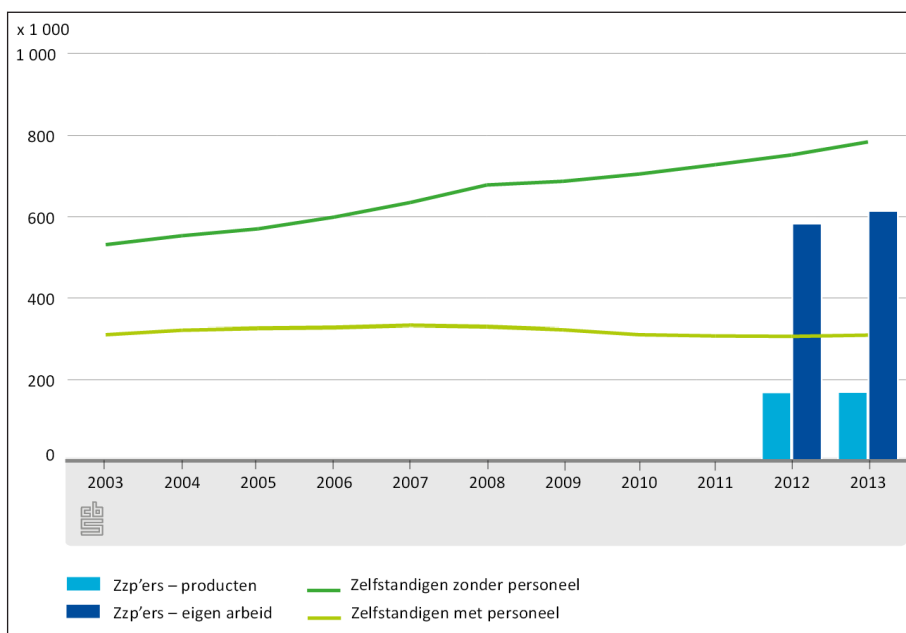
Beschouwt men de ontwikkeling van de absolute groei zzp'ers over de laatste 10 jaar, dan zien we een gestaag stijgende lijn met inmiddels een score van 12,5%. De verwachting is dat dit aantal doorgroeit tot 15% in 2020. Opvallend is dat de stijging van

21 HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:283.

22 Zie over deze discussie vooral C.J. Loonstra, *Arbeidsovereenkomst en privaatrechtelijke dienstbetrekking: dezelfde betekenis en uitlegcriteria?*, ArA 2011-2, p. 86 e.v. en G.C. Boot, *Zzp-ers: flexibiliteit, bescherming en zekerheid*, Leiden (oratie) 2012.

het aantal zzp'ers in Nederland een van de hoogste in de EU is.²³ Het merendeel van de zzp'ers biedt geen eigen product aan, maar uitsluitend diensten (arbeidskracht/expertise: figuur 2). Uit diverse beleidsonderzoeken blijkt voorts dat het zzp-schap niet of nauwelijks leidt tot nieuwe werkgevers (transitie van zzp naar zmp). Wel toont het onderzoek aan dat zzp-schap extra werkgelegenheid creëert voor personen die anders geen baan zouden vinden.²⁴ Meer dan de helft van de laagopgeleiden die startte als zzp'er was voorheen niet actief op de arbeidsmarkt.²⁵ Het aandeel hoogopgeleiden is onder zzp'ers (42%) hoger dan onder werknemers (37%). Er zijn relatief veel zzp'ers vanaf 35 jaar of ouder.

Figuur 2. Ontwikkeling ZZP en ZMP 15-65 jaar meer dan 12 uur per week arbeid (bron: CBS 2014, p. 11)



23 Alleen Slowakije heeft een hoger percentage zzp'ers, maar dat wordt nu juist grotendeels veroorzaakt door 'misbruik van zzp'ers' ter ontduiking van sociale wetgeving en belastingen. Zie *Achtergrondkenmerken en ontwikkelingen van zzp'ers in Nederland*, CBS 2014.

24 Volgens P. Vroonhof c.s., *Zelfstandigen zonder personeel*, Zoetermeer: EIM 2008 en *ZZP'ers in beeld. Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel*, SER Advies 10/04, Den Haag 2010, bedraagt dit ongeveer 3,8% van de totale populatie zzp'ers.

25 *Achtergrondkenmerken en ontwikkelingen van zzp'ers in Nederland*, CBS 2014.

2.3 *Motieven voor het zzp-schap*

Tussen de 70 en 90%²⁶ van de zzp'ers is tevreden met de huidige werkvorm en wenst geen terugkeer naar de arbeidsovereenkomst. Als motieven noemen zij onafhankelijkheid, autonomie, betere balans privé en werk. Financiële motieven vormen niet af nauwelijks een overweging om voor het zzp-schap te kiezen. Onder werkverschaffers geeft 40% als reden tijdelijke behoefte aan expertise en eveneens 40% het opvangen van tijdelijke pieken in gewoon werk. Daarna – en op afstand – volgen financiële overwegingen (8%), arbeidsrechtelijke risico's (11%) en ontslagrecht (0,5%). Uit de verschillende interviews die ik hield kwam eenzelfde beeld naar voren. Met name het snel kunnen inspelen op de vraagbehoefte van en in een mondiale dynamische markt, leidt tot nieuwe businessmodellen waarbij de expertisebehoefte van dag tot dag kan verschillen. Dit sluit ook aan bij het steeds vaker projectmatig werken of werken in teamverband, waarbij zzp'ers gemakkelijker op hun expertise (tijdelijk) kunnen worden ingehuurd. Door de digitalisering en social media ontstaan er onder zzp'ers ook sneller en gemakkelijker 'netwerkjes' waardoor zzp'ers ook zelf de 'onderneming' kunnen creëren. Als voorbeeld werd genoemd een zzp-architect die samen met een aantal zzp-bouwwaalkkers en zzp-financieel adviseurs een complete woonwijk ontwikkelde en de zzp-er die als tekstschrijver door het reclamebureau wordt ingehuurd omdat deze tekstschrijver het beste past bij deze klant (maatwerk). Onder de *arbeidsrechtelijke risico's* werd in de door mij gehouden interviews met name de loondoorbetaling tijdens ziekte en het ontslagrecht genoemd. Tevens werd genoemd dat zzp'ers worden ingezet om pieken in de onderneming op te vangen.

Een deel van de startende zzp'ers stopt na een aantal jaren (na vier jaar is de helft niet meer werkzaam als zzp'er). Is dit uit onvrede? Uit de verschillende interviews volgt dat door velen het ondernemerschap wordt vergeten of onderschat (de businessmodellen zijn niet sluitend of men vergeet dat ondernemen ook steeds opnieuw investeren betekent). Men vergeet simpelweg tijdig nieuwe opdrachten te acquireren of start een onderneming zonder na te denken of die echt levensvatbaar is. Een van de respondenten verwoordde dit als volgt:

'Het is bekend dat veel personen een shoarmatent op de hoek van de straat starten. Of daar ook behoefte aan is als er al vier shoarmatenten in die straat staan, lijkt geen onderdeel van het businessplan te zijn geweest.'

2.4 *Schijnzelfstandigheid*

Het beeld dat veel werkers 'tegen wil en dank' als zzp'er aan de slag moeten, keert niet terug uit de verschillende onderzoeken. De omvang van deze groep die met de term 'schijnzelfstandigen' wordt omschreven, is lastig te duiden. De cijfers lopen op dit

26 De onderzoeksresultaten lopen op dit punt uiteen, zie *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, april 2015, p. 25.

punt enorm uiteen. Zo volgt uit het SER Advies 2010 dat 1,2% door de ‘werkgever’ gedwongen werd een zzp-constructie aan te gaan (anders geen verlenging of geen overeenkomst). Volgens de OECD zijn er in Nederland 1,7% zzp'ers die zich niet onderscheiden van werknemers (schijnzelfstandigen). Het gemiddelde in de OECD-landen bedraagt 1,4%. In het IBO Rapport 2015 wordt gesproken van 2 tot 17% (afhankelijk van de branche). Uit mijn eigen enquêteonderzoek komt een geschat gemiddelde van 5% naar voren. Voor alle onderzoeken geldt dat hier geen ‘harde getallen’ voorhanden zijn. Het blijven vooral schattingen. Wat wel duidelijk is, is dat het merendeel van de zzp'ers geen ‘hulpeloze werker’ is die tegen zijn zin het ondernemerschap wordt opgedrongen. Ook werd duidelijk dat in een aantal sectoren ‘schijnzelfstandigen’ zonder meer aanwijsbaar zijn, zoals bijvoorbeeld de postbezorgers in de postbranche. Haalt men dit aantal uit de ‘schijnzelfstandigen’-discussie door in deze sectoren heel gerichte interventies te plegen door ISZW, dan blijft er nog maar een klein deel schijnzelfstandigheid over.²⁷ Duidelijk mag zijn dat ‘schijnzelfstandigheid’ in de enge zin van het woord niet het probleem onder zzp'ers is. Met enge zin bedoel ik de zzp'er tegen wil en dank. Of alle zzp'ers in de ogen van collega-zzp'ers ook als ondernemer worden beschouwd is een andere vraag. De reactie van een van de respondenten op de stelling ‘Het merendeel van de zzp'ers is schijnzelfstandige.’ spreekt wat dat betreft boekdelen. Zijn reactie luidde als volgt:

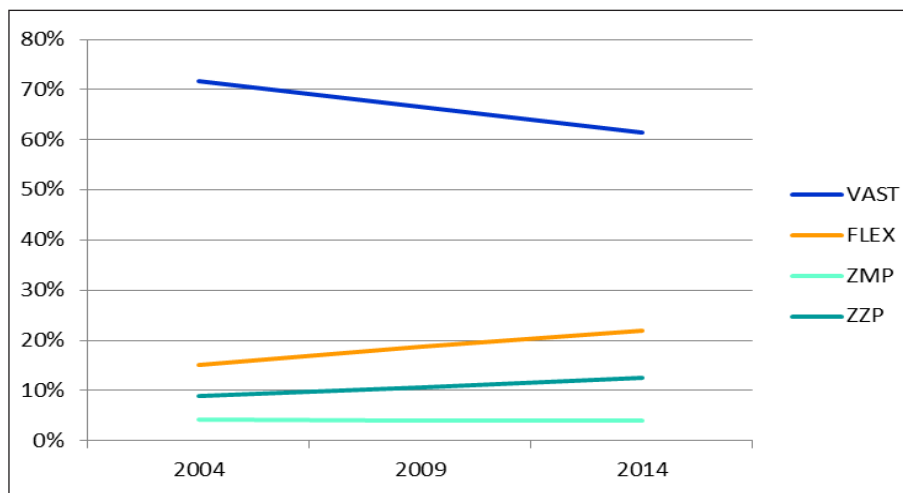
‘Ja, mee eens. Gezien het massale geklaag in NL over het mogelijk op termijn afschaffen van de zelfstandigenaftrek, de schijnbare onmogelijkheid om een AOV af te sluiten (“Is te duur...!”), zien wij dat de meeste ZZP'ers dus eigenlijk geen echte ondernemers zijn. Want, echte ondernemers klagen niet. Zij creëren hun eigen groeimodel en zorgen ervoor dat ze niet afhankelijk zijn van allerlei (fiscale en financiële) regelingen. De mensen die daartoe niet in staat zijn, zijn eigenlijk schijnzelfstandigen. Misschien zijn het wel schijnwerknemers. Want, eigenlijk willen ze het liefst een vaste baan...’

Uit figuur 3 blijkt dat het zzp-contract (nog) niet de grote concurrent van het vaste contract is. Duidelijk zichtbaar is dat de gewone arbeidsovereenkomst steeds meer terrein heeft verloren ten faveure van het flexcontract (bepaalde tijd en nuluren- en/of oproepovereenkomsten). Belangrijke kanttekening daarbij is dat met ingang van 1 juli 2015 het aantal wettelijk toegestane tijdelijke arbeidsovereenkomsten drastisch is teruggedrongen, waardoor de blijvende behoefte aan flexibiliteit wellicht nog meer in zzp-schap gevonden kan worden.

²⁷ Overigens is het goed op te merken dat in de bouw de zzp'ers die we een paar jaar terug nog als ‘uitgebuite zzp'ers’ beschouwden, momenteel – bij de aantrekkende economie en vraag naar bouwlieden – omkomen in het werk en hoge tarieven kunnen vragen. Volgens brancheverenigingen in de bouw is de roep om ‘werknemers’ weer toegenomen, omdat de zzp'ers te duur worden. In die zin lijkt hier marktwerking effect te hebben.

Uit het empirisch onderzoek kwam met enige regelmaat naar voren dat de introductie van de VAR (de vrijwaring van de opdrachtgever voor naheffing van sociale premies) ertoe heeft geleid dat veel meer met quasi-zelfstandigen wordt gewerkt en dat het (verhaals)risico van de onjuiste kwalificatie ten onrechte op de werker is afgewenteld. Het wetsvoorstel Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (WDBA), beoogt deze werking tegen te gaan door de opdrachtgever medeverantwoordelijk te maken voor de juistheid van de kwalificatie van de arbeidsverhouding.²⁸

Figuur 3. Aandeel vast, flex, zmp en zzp van de totale beroepsbevolking



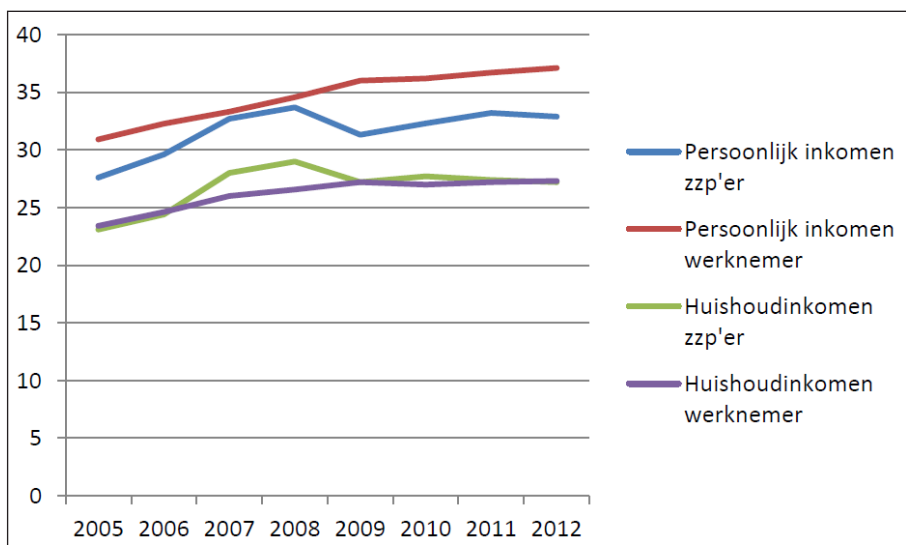
3. Inkomen, arbeidsongeschiktheid, pensioen en scholing

3.1 *Inkomen*

Het gemiddelde inkomen van zzp'ers bedraagt in 2015 € 33.000,-. Tweederde van de zzp'ers verdient € 20.000,- of meer (10% verdient meer dan € 75.000,-). Het gemiddelde inkomen van een werknemer in 2015 bedraagt € 37.000,-. Een werknemer verdient dus meer dan een zzp'er. Toch is het besteedbaar huishoudinkomen van werknemers en zzp'ers gelijk (figuur 4).

²⁸ Zie hierover ook de bijdrage van G.C. Boot in deze bundel.

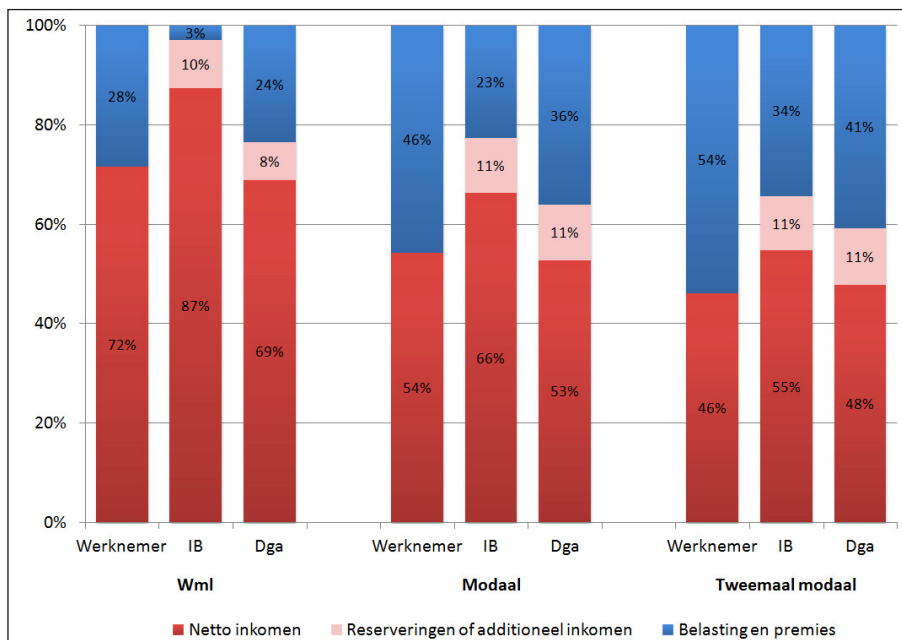
Figuur 4. Gemiddeld bruto inkomen en besteedbaar huishoudinkomen zzp'ers en werknemers (bron: IBO 2015, p. 15)



Het lagere persoonlijk inkomen van zzp'ers ten opzichte van werknemers wordt gecompenseerd door de lagere belasting- en premiedruk voor zzp'ers en het feit dat zzp'ers vanwege aftrekposten relatief eerder recht op toeslagen hebben. Zo komt een zzp'er onder meer zelfstandigenaftrek, startersaftrek en MBK-winstvrijstelling toe. Oftewel, de zzp'er geniet tal van fiscaalrechtelijke voordelen waarmee met een relatief laag inkomen toch een redelijk bestaansinkomen kan worden gerealiseerd. Figuur 5 laat die premiedruk nog duidelijker zien. Op WML-niveau houdt de zzp'er 87% netto inkomen over, indien hij de 10% voor reserveringsdoeleinden daadwerkelijk benut voor reserveringen. De werknemer houdt in dit geval slechts 72% inkomen over. We zien hier ook de voordelige werking van de fiscaliteit voor de zzp'er. In één van de interviews werd zelfs door een respondent opgemerkt dat het huidige fiscale stelsel 'schijnzelfstandigen' in de hand werkt, want 'zelfs de slechte ondernemer kan met een beetje moeite rondkomen dankzij de fiscus.' Bij het voorgaande komt bovendien dat veel zzp'ers zogenoemde hybride zzp'ers zijn (45%). Zij genieten naast het inkomen als zelfstandig ondernemer, nog een vast inkomen (hetzij zelf als werknemer, hetzij via hun partner).²⁹

²⁹ ZZP'ers in beeld. Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel, SER Advies 10/04, Den Haag 2010, p. 30.

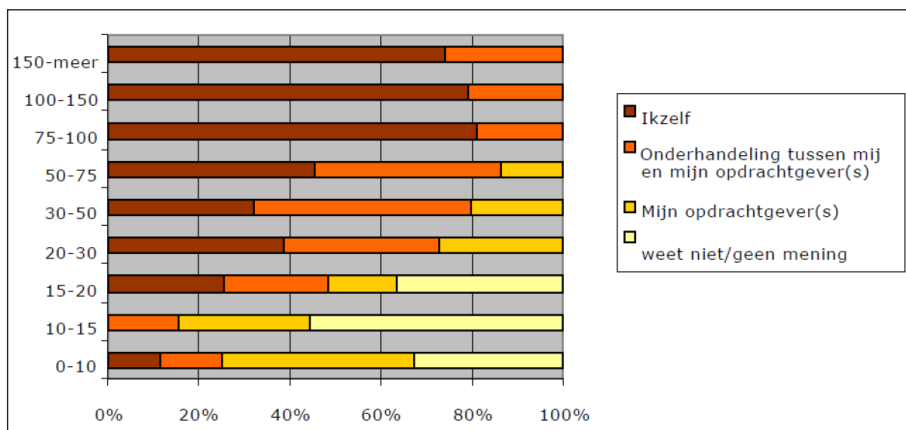
Figuur 5. Netto besteedbaar inkomen bij gelijke bruto loonkosten/winst (bron: IBO 2015, p. 37)



Ruim 80% van de zzp'ers heeft een financiële buffer van ongeveer twee maanden. Oftewel een korte periode van 'werkloosheid' kan door de zzp'er worden opgevangen. Het gemiddelde vermogen van de zzp'er ligt dan ook drie keer hoger dan dat van de werknemer (€ 103.000,- (mediaan) / werknemers = € 34.000,-). Bij het voorgaande moet worden opgemerkt dat het om gemiddelden gaat van de groep en dat de verschillen binnen de groep groot zijn (veel groter dan bij werknemers). Het aantal zzp'ers dat op de armoedegrens leeft bedraagt (2013) 13,4% versus 4,2% werknemers.

Interessant is dat de respondenten het volstrekt vanzelfsprekend vinden dat een zzp'er geen inkomensbescherming toekomt (bij werkloosheid). Daarvoor is hij immers ondernemer. Bij arbeidsongeschiktheid ligt het een en ander genuanceerder (zie hierna onder 3.2).

Figuur 6. Onderhandelingsmacht over uurloon (bron: IBO 2015, p. 45)



Betekent het voorgaande dat zich geen enkel probleem voordoet bij zzp'ers en het verwerven van inkomen? Dat zeker niet. In figuur 6 zien we de resultaten van een onderzoek naar de onderhandelingsmacht van zzp'ers bij het bepalen van hun uurloon. Bij een tarief tot € 15,- wordt het tarief vrijwel geheel en uitsluitend bepaald door de opdrachtgever (indien men aangeeft niet te weten wie het tarief bepaalt, dan zal de onderhandelingsmacht veelal bij de andere partij liggen). Bij een tarief tot € 20,- bepaalt een kwart van de zzp'ers het loon zelf en tot 45% in onderhandeling met de wederpartij. Tarieven vanaf € 20,- lijken in de macht van de zzp'er te liggen.

Tussenconclusie inkomen

Indien we het voorgaande samenbrengen dan valt op dat zzp'ers vooral fiscaalrechtelijke voordelen genieten die het mogelijk maken dat zij op een lager loonniveau, arbeid aanbieden. We zien ook dat zzp'ers met een laag uurloon niet of nauwelijks onderhandelingsmacht hebben. Om te voorkomen dat de concurrentie op arbeidsvoorwaarden (loon) bij voornamelijk laaggeschoolde arbeiders in eenvoudig maar arbeidsintensieve sectoren, plaatsvindt, kan men een minimumuurloon voor zzp'ers verplichten bij wettelijke regeling (zoals de regering heeft gedaan met Voorstel van wet tot wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met het van toepassing verklaren van die wet op nader bepaalde overeenkomsten van opdracht). Het evidente nadeel van deze regeling is dat het ontzettend lastig is de definiëren wie onder de toepassing van de regeling valt en wie niet. Bovendien kan de regeling nog steeds in strijd zijn met EU-recht (vrij verkeer van diensten en mededingingswetgeving).

Een andere oplossingsrichting zou gevonden kunnen worden in het verlagen van belasting- en premiedruk op de lage-lonen-werkers. Hierdoor wordt het kostenverschil tussen een werknemer en zzp'er kleiner, waardoor er minder behoefte bestaat voor werkgever uit te wijken naar zzp'ers. Bijgevolg zullen zzp'ers aan de onderkant

van de arbeidsmarkt mogelijk opgaan in de arbeidsovereenkomst. Dit betekent een fiscale ingreep met arbeidsrechtelijke gevolgen.

3.2 *Arbeidsongeschiktheid*

Een onderwerp dat in alle interviews en onderzoeksrapporten terugkeert, is bescherming tegen arbeidsongeschiktheid. Tweederde van alle zzp'ers is niet verzekerd tegen arbeidsongeschiktheid.³⁰ De redenen voor het niet afsluiten van een verzekering liggen voor de hand. De overgrote meerderheid van de zzp'ers is niet bereid (hoge) premies te betalen voor een verzekering. Daarnaast acht men de kans op arbeidsongeschiktheid klein. Maar er is ook een groep van 10% die niet verzekeraar is door een medische achtergrond of oudere leeftijd.³¹

Er zijn verschillende mogelijkheden voor zzp'ers zich tegen arbeidsongeschiktheid in te dekken. Allereerst kan gekozen worden voor een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV). De premies hoeven niet hoog te zijn, maar toch is dit vaak wat respondenten noemen als bezwaar tegen het sluiten van een dergelijke verzekering. Als extra nadeel wordt genoemd dat de verzekering vaak maar een beperkt deel uitkeert of weigert de zzp'er te accepteren vanwege te hoge risico's. Een tweede mogelijkheid (voor ex-werknemers) is de vrijwillige verzekering ex artikel 64 ZW/18 WIA. De premie wordt als volgt berekend: aantal dagen x verzekerd dagloon x percentage (6% WIA/9,5% ZW).³²

Ook worden zogenoemde 'broodfondsen' genoemd. Een broodfonds wordt opgericht met 20 tot 50 andere zzp'ers. Iedereen legt elke maand een klein bedrag in op de broodfondsrekening. Zodra iemand wegens ziekte uitvalt, dan keren de overige leden van het fonds een bedrag aan deze zieke zzp'er uit in de vorm van een schenking. Het broodfonds gaat uit van vertrouwen. De besluiten worden in gezamenlijkheid genomen. Het is voor sommigen een interessant alternatief voor de AOV. Uit de interviews kreeg ik evenwel terug dat men niet echt gelooft in dit systeem: 'Het werkt in geval van een gebroken been bij een collega-ondernemer die een week of zes geen klussen meer kan doen, maar zodra diezelfde collega-ondernemer zich meldt met een burn-out wordt het anders.' Iemand die langdurig uitvalt kan ook in een keer het hele fonds leegtrekken. Toch zijn er inmiddels ruim 113 Broodfondsen, plus nog twintig in oprichting. Het totale aantal gespaard geld in die fondsen is 2,5 miljoen euro. In

30 Overigens zij opgemerkt dat zelfstandigen aanvankelijk verplicht verzekerd waren. Allereerst middels de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW) van 1976 en daarna – in 1998 – middels de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ). In 2004 is deze verplichte collectieve verzekering afgeschaft. De inkomenssolidariteit – waarop de verplichte verzekering was gebaseerd – werd als te groot ervaren en de premie in relatie tot de uitkering te hoog. Afschaffing van deze collectieve regeling biedt zelfstandigen meer keuzevrijheid, waaronder dus ook het niet verzekeren van dit risico. Zie ook uitvoerig M. Westerveld, *Het stiefkind van het arbeidsrecht*, (oratie) UvA 2011. Zie ook L. van den Berg, *Tussen feit en fictie*, Den Haag: BJu 2010, p. 38-40.

31 *Stand van zaken. Zelfstandigen zonder personeel in Nederland*, ZZP Nederland 2014, p. 10.

32 Zie Verzekeringsvoorwaarden ZW (binnenland) en WIA (binnenland) artikel 5.

totaal hebben vierduizend zelfstandig ondernemers zich aangesloten bij zo'n fonds.³³ Uit de diepte-interviews bleek dat veel zzp'ers/zzp-organisaties broodfondsen sympathiek vinden, maar er niet echt in geloven als zijnde een duurzame oplossing voor bescherming tegen arbeidsongeschiktheid.

Ten slotte kan een zzp'er terugvallen op de bijstand, maar zal dan eerst zijn vermogen moeten 'opeten' (voor zover dit niet zijn pensioenvoorziening betreft, zie hierna).

In 2014 berekende Stichting ZZP Nederland dat voor € 50,- per maand een arbeidsongeschiktheidsverzekering voor alle werkenden in Nederland mogelijk zou zijn (dus zowel werknemers als zzp'ers) gelijk aan het minimumloon (€ 1.524,60 per maand). 50% van de zzp'ers voelt voor een verplichte verzekering tegen arbeidsongeschiktheid met premie van maximaal € 50,- per maand. 40% voelt niet(s) voor verplichte verzekering.³⁴

Tussenconclusie arbeidsongeschiktheid

Een percentage van 68% van de zzp'ers dat in het geheel niet verzekerd is tegen arbeidsongeschiktheid is wellicht iets dat het arbeidsrecht zich moet aantrekken. Althans, als het arbeidsrechtelijke mensbeeld is dat we een vangnet willen creëren indien mensen door arbeidsongeschiktheid niet meer in staat zijn zelf in hun inkomen te voorzien, dan lijkt hier werk aan de winkel te zijn. Dat 'werk' bestaat enerzijds uit het nog meer en beter informeren over de mogelijkheden tot verzekeren. Maar een nog interessantere optie is het verkennen van de mogelijkheid te komen tot een verplichte particuliere verzekering voor alle werkenden in Nederland. Als er een verzekeringsplicht komt, dan zullen de premies betaalbaar worden. Bovendien kan hier het mes aan twee kanten snijden. We bieden zzp'ers bescherming bij arbeidsongeschiktheid, terwijl we tegelijkertijd de kosten voor werkgevers voor werknemersverzekeringen reduceren, waardoor de arbeidsovereenkomst minder zwaar beladen wordt en de concurrentie tussen de arbeidsovereenkomst en zzp-schap minder scherp.

3.3 *Pensioen en scholing*

Een zzp'er krijgt, net als iedereen, AOW. Ruim tweederde van de zzp'ers heeft geen aanvullende pensioenregeling. Een deel heeft nog wel een pensioen(tje) uit eerder dienstverband. Daarnaast hebben zzp'ers vaak wel vermogen (bedrijfspannen of goodwill) dat als pensioen wordt gereserveerd. In fiscale zin is er de Fiscale Oudedagsreserve (FOR). Met ingang van 1 januari 2016 is een pensioenvermogen van € 250.000 vrijgesteld van de vermogenstoets in de bijstand. Daarmee wordt voorkomen dat een zzp'er eerst zijn pensioen moet opeten, voordat hij een bijstandsuitkering ontvangt. Daarnaast kan een zzp'er natuurlijk banksparen en andere voorzieningen treffen. Uit de verschillende interviews kreeg ik terug dat het onderwerp pensioen opnieuw in de

33 <http://www.zzp servicedesk.nl/558/steeds-meer-zzp-ers-verzekeren-zich-broodfonds.htm> (laatstelijk geraadpleegd 16 november 2015).

34 *Stand van zaken. Zelfstandigen zonder personeel in Nederland*, ZZP Nederland 2014, p. 10-11.

fiscale hoek gezocht werd (meer vrijstelling). Er (b)leek een groot vertrouwen in het vermogen van de zzp'er zelf voor de oude dag te zorgen.

Uit diverse onderzoeken blijkt dat scholing bij zzp'ers achterblijft. Een deel van de zzp'ers zal zichzelf blijven scholen, maar zeker niet buiten de branche waarin hij actief is. Ook hier geldt dat er een fiscale prikkel is te blijven scholen (scholingskosten zijn fiscaal aftrekbaar). Een beleid op scholing ontbreekt. De SER wees reeds in 2010 op dit probleem en stelde voor zzp'ers ook toegang te geven tot de scholingsmogelijkheden bij O&O-fondsen. Uit de interviews keerde dit punt eveneens terug. Naast de openstelling van O&O-fondsen werd ook hier gewezen op voorlichting door de overheid.

Tussenconclusie pensioen en scholing

Voor beide onderwerpen geldt dat voorlichting geboden is. Voor zzp'ers zijn er voldoende mogelijkheden te voorzien in een aanvullend pensioen. Of zij daar altijd en tijdig mee bezig zijn is een tweede. Wat scholing betreft lopen zzp'ers het risico relevante kennis mis te lopen en op langere termijn zichzelf minder employable te maken. De voorgestelde openstelling van O&O-fondsen voor zzp'ers (tegen betaling uiteraard) komt verstandig voor.

4. **ZZP: wat wil, moet en doet het arbeidsrecht ermee?**

In juni 2011 mocht ik een lezing houden over de zzp'er in het arbeidsrecht. Ik stelde toen de vraag wat het arbeidsrecht met de zzp'er wil, (aan)moet en doet. Het arbeidsrecht 'doet' steeds minder met zzp'ers. Was tot voorkort de afhankelijke opdrachtnemer (veelal zzp'er) nog beschermd tegen willekeurig ontslag op grond van artikel 1 BBA, komt per 1 juli 2015 dergelijke bescherming alleen nog maar toe aan de 'werknemer'. Hierdoor zal de discussie over zzp'er of werknemer, uitmondend in een alles-of-niets oordeel, nog scherper worden gevoerd. Ook de oude rechtspraak waarin 'ontslagrecht' naar analogie werd toegepast op niet-werknemersverhoudingen, lijkt sinds 1 juli 2015 vanwege de duidelijke keuze voor wel of geen werknemerschap minder voor de hand te liggen.³⁵ Aan de andere kant biedt het arbeidsrecht op onderdelen wel weer bescherming aan zzp'ers, bijvoorbeeld bij arbeidsongevallen (ex artikel 7:658 lid 4 BW) en in de WML.³⁶ Een principiële keuze voor of visie op welke bescherming de zzp'er wel of niet toekomt, ontbreekt. Soms kan het arbeidsrecht geen verdergaande bescherming bieden, omdat het in strijd komt met andere wetgeving (zoals mededingingsrecht).

35 Ik denk dan aan arresten als HR 8 november 1996, JAR 1996/249 (Sijthoff/Ouwerkerk).

36 Voor deze bijdrage is artikel 3 lid 1 Wml van belang. Daarin staat opgenomen dat bij AMvB de personele kring van de Wml kan worden uitgebreid, ten aanzien van personen die persoonlijke arbeid verrichten tegen beloning en die maatschappelijk gelijk gesteld kunnen worden aan personen in dienstbetrekking. Deze uitbreiding van 'gelijkgestelden' vond plaats bij Besluit van 2 september 1996, houdende aanwijzing van een aantal arbeidsverhoudingen die als dienstbetrekking als bedoeld in artikel 2 van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag worden beschouwd, *Stb.* 1996, 481.

Maar moet het arbeidsrecht dan meer in actie komen en zo ja hoe (wat wil en moet het arbeidsrecht met de zzp'er)? Of het arbeidsrecht meer in actie moet komen is eigenlijk een vraag naar het object en de grondslagen van ons arbeidsrecht.³⁷ Als het doel van het arbeidsrecht is 'sociaal gerechtvaardigde arbeidsverhoudingen' te borgen, waarbij ongelijkheidscompensatie (nog steeds) een belangrijke notie is, dan is het object van het arbeidsrecht ruimer dan alleen de *arbeidsovereenkomst*. Derhalve valt ook de zzp'er onder het bereik van het arbeidsrecht. Tegelijkertijd is de interventie in de arbeidsverhouding met zzp'ers begrensd door andere beginselen, zoals contractsvrijheid en ondernemingsvrijheid. De noodzaak tot het maken van een inbreuk op deze beginselen neemt toe, naarmate de afhankelijkheid en ongelijkheid van de zzp'er ten opzichte van de opdrachtgever groter wordt. Bij dit alles moet het arbeidsrecht wel 'eerlijk' zijn. Komt men op voor de zzp'er of probeert men de insider (de werknemer met een vast contract) te beschermen tegen de outsider (de zzp'er)? Of probeert men de betaalbaarheid van het sociale zekerheidsstelsel te waarborgen (als teveel goede risico's het zzp-schap kiezen en niet meer bijdragen aan het fonds, leidt dat mogelijk tot onbetaalbaarheid van het sociale vangnet³⁸)?

Uit de empirische en statistische onderzoeken leidt ik drie vraagstukken af die op korte, dan wel de middellange termijn, beantwoord moeten worden, te weten:

1. verlies aan solidariteit (met name in het sociale zekerheidsrecht);
2. (oneigenlijke) concurrentie op arbeidsvoorwaarden (concurrentie tussen zzp-schap en werknemerschap);
3. schijnzelfstandigheid (uitbuiting van werkers).

Op basis van dezelfde empirische en statistische onderzoeken kom ik tot de volgende oplossingsrichtingen.

Ad 1.

Als het gaat om solidariteit in het stelsel van sociale zekerheid, dan kan op onderdelen – met name bij ziekte – een slag worden geslagen door een algemene arbeidsongeschiktheidsverzekering voor *werkenden* te introduceren. Daarmee wordt de belasting van de arbeidsovereenkomst verlicht, hetgeen werknemers weer aantrekkelijker maakt voor werkgevers, terwijl het tevens inkomensbescherming biedt aan zelfstandigen. Door een uniforme regeling voor alle werkenden te introduceren, kan de premiedruk laag blijven. Daarmee zou de overheid ook tegemoet komen aan de toeneemende roep om de werking van artikel 7:629 BW voor werkgevers te verlichten.

Ad 2.

De concurrentie op arbeidsvoorwaarden kan voor een deel geneutraliseerd worden door de fiscale behandeling van beide groepen gelijk te trekken. Een voorbeeld is de

³⁷ Zie hierover A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht*, EUR (oratie) 2012.

³⁸ Dit blijkt overigens *niet* zo te zijn. Zie hierover de bijdrage van C.G. Boot in deze bundel.

belastingverlichting op lage lonen, waarmee direct de concurrentie op 'loon' tussen werknemers en zzp'ers wordt geraakt. Een dergelijke aanpak is te verkiezen boven een WML voor eenieder. Voor zover de concurrentie daarnaast plaatsvindt op tijdelijkheid van overeenkomsten (piekbelasting), zou ook hier het antwoord eerder liggen in aanpassing van artikel 7:668a BW dan een analogiebepaling van de ketenregeling te introduceren voor zelfstandigen. Gedacht kan worden aan een meerjarige overeenkomst voor bepaalde tijd (zoals overigens voorgesteld tijdens de behandeling van de WWZ) door het CDA.³⁹ Ook zou men de fiscale voordelen voor het zzp-schap (gefaiseerd en/of gedeeltelijk) kunnen afschaffen. Daarmee wordt de strijd tussen werknemers en zzp'ers eerlijker. Er bestaat wel een risico dat bepaalde zzp'ers daardoor niet tot de arbeidsmarkt kunnen toetreden dan wel dat een grote groep bestaande zzp'ers gedwongen een beroep op de bijstand zou moeten doen. Een dergelijke interventie dient daarom heel voorzichtig te worden uitgevoerd en misschien zelfs achterwege blijven. Uit diverse onderzoeken blijkt dat – verdere – versoepeling van het ontslagrecht niet of nauwelijks enig effect zal hebben.

Ad 3.

Het wetsvoorstel WDBA, dat de opdrachtgever mede verantwoordelijk maakt voor de juistheid van de kwalificatie van de arbeidsverhouding, zal zeker een preventieve werking hebben. Het nadeel van deze benadering is dat er onzekerheid over de rechtsverhouding ontstaat tussen partijen, met als gevolg dat die onzekerheid vertaald kan worden in tariefstelling en daardoor mogelijk tot afname van werkgelegenheid. Daarnaast is denkbaar dat de regeling van de Wet aanpak schijnconstructies ook van toepassing wordt op zzp'ers. Daardoor zal de hele keten zich het lot van de werkomstandigheden van de zzp'er aantrekken (hoewel de ketenaansprakelijkheid voor sociale premies wellicht al voldoende preventieve werking bewerkstelligt).

Daarnaast zouden we de zzp'er kunnen definiëren of een weerlegbaar rechtsvermoeden naar fiscaal recht kunnen hanteren, zodat de 'echte ondernemer' van de 'schijn-ondernemer' wordt onderscheiden.⁴⁰ Ook hiervoor geldt dat er een zekere mate van

39 *Kamerstukken II 2013/14, 33818*, nr. 41 (Amendement Heerma).

40 In België heeft men in 2012 de Arbeidsrelatieswet aangepast met een weerlegbaar vermoeden van werknemerschap indien aan 5 van de 9 in de wet genoemde criteria is voldaan. Het gaat over volgende criteria: financieel of economisch risico; verantwoordelijkheid en beslissingsmacht aangaande de financiële middelen van de onderneming; beslissingsmacht over het aankoopbeleid van de onderneming; beslissingsmacht over het prijsbeleid van de onderneming; gebrek aan resultaatsverbintenis betreffende de overeengekomen arbeid; de garantie op betaling van een vaste vergoeding, ongeacht de bedrijfsresultaten of de omvang van de prestaties geleverd door diegene die de werkzaamheden uitvoert; het zelf geen werkgever zijn van persoonlijk en vrij aangeworven personeel of het ontbreken van de mogelijkheid om voor de uitvoering van het overeengekomen werk personeel aan te werven of zich te laten vervangen; het zich niet voordoen als een onderneming ten overstaan van andere personen of hoofdzakelijk of gewoonlijk voor één medecontractant werken; in ruimtes werken waarvan men niet de eigenaar of de huurder is of werken met materiaal dat ter beschikking wordt gesteld, gefinancierd of gewaarborgd door de medecontractant. Zie onder meer: <http://www.commissiearbeidsrelaties.belgium.be/docs/KB-070613-onroerende-werkzaamheden.pdf> (laatstelijk geraadpleegd 16 november 2015). Zie over het Belgische systeem voorts C.J. Loonstra, Het afbakeningsprobleem van de arbeids-overeenkomst, in: C.J. Loonstra c.s., *De werkgever in beweging*, Den Haag: Sdu 2009, p. 17 e.v.

onzekerheid zal (blijven) bestaan over de kwalificatie van de rechtsverhouding, daar de invulling uiteindelijk getoetst zal worden door een rechter die begrippen als 'afhankelijkheid', 'ondernemerschap' en 'zelfstandigheid' moet inkleuren. Als vertrekpunt zou men wellicht het inmiddels vervallen artikel 1 BBA kunnen nemen, waarbij het hebben van niet meer dan twee andere opdrachtgevers in beginsel tot 'zware afhankelijkheid' leidt en derhalve tot een vermoeden van 'werknemerschap'.

In het verlengde van het voorgaande zouden we de zzp'er op onderdelen een zekere vorm van 'arbeidsrecht light'-bescherming kunnen geven. Oftewel, we introduceren – geheel tegen de beweging van de WWZ in – een afhankelijke opdrachtnemer in het BW. Op hem zal een verlicht arbeidsrechtelijk regime van toepassing kunnen worden verklaard, waarbij gedacht kan worden aan opzegtermijnen, mogelijke opzegverboden en wellicht zelfs de preventieve toets van ontslag. Het nadeel van het introduceren van deze tussencategorie is dat het zowel aan de bovenkant als aan de onderkant aanzuigende werking kan hebben. Personen die nu nog een arbeidsovereenkomst genieten, zouden plotseling in de categorie 'afhankelijke opdrachtnemers' geschaard kunnen worden en omgekeerd kunnen opdrachtnemers opeens het predicaat 'afhankelijke opdrachtnemer' krijgen. Vervolgens dienen we het eens te worden over de vraag wat deze personen dan aan extra bescherming moeten krijgen.

Eerder heb ik – naast de zojuist genoemde variant van een tussencategorie 'afhankelijke opdrachtnemer' – ook een heel andere benadering van het arbeidsrecht verdedigd. In plaats van de materiële bescherming afhankelijk te laten zijn van het object (lees: de arbeidsovereenkomst geeft toegang tot de arbeidsrechtelijke bescherming), zou men ook het object afhankelijk kunnen maken van de materiële bescherming (lees: de aard van de materiële regel bepaalt wie in welke mate deze bescherming toekomt (het object)).⁴¹ Zo is het denkbaar dat we voor alle *werkers* in Nederland een sociaal vangnet wensen te realiseren bij arbeidsongeschiktheid en willicht vinden we ook dat ongeacht de contractsvorm een redelijke opzegtermijn gekoppeld aan de duur van de overeenkomst passend is. We beoordelen dan per materiële regel wie in aanmerking komt voor deze bescherming. Een WW-uitkering voor zelfstandigen is dan niet aan de orde, daar de aard van de regeling een vangnet is voor werkers die onvrijwillig werkloos worden en zelf afhankelijk waren van het creëren van werk door hun werkverschaffer. Een transitievergoeding voor zelfstandigen ligt ook niet in de reden, daar de zelfstandige deze transitie (van werk naar werk of beter van opdracht naar opdracht) kan verdisconteren in zijn loontarief. Zodoende zouden we tot een set van regels kunnen komen die voor arbeidsrelaties geldt, ongeacht de contractsvorm. Food for thought...

5. Tot besluit

Dé zzp'er bestaat niet. Dé arbeider zoals we die sinds 1907 kennen bestaat ook niet (meer). De wereld verandert en het arbeidsrecht moet daarin zijn plaats blijven(d)

⁴¹ Zie hierover A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht*, EUR (oratie) 2012.

herijken. Ik sluit deze bijdrage daarom af zoals ik ook de bijdrage in 2011 afsloot.⁴² Toen viel het woord 'doempreeft' (ik sprak over 'het begin van het einde van de arbeidsovereenkomst', toev. ARH). Het past niet bij een feestelijke bijeenkomst als het Nationaal Arbeidsrecht Congres de gasten met een 'doemgevoel' naar huis te laten gaan. Ik eindig dan ook met een positieve noot. Is er reden tot zorg? Nee, geen zorg, wel vraag voor aandacht. De empirische studies tonen aan dat er ontwikkelingen gaande zijn op de arbeidsmarkt die ten minste aangeven dat de *arbeidsovereenkomst* niet meer de *perfect fit* is op de gewenste *arbeidsrelatie*. Is er reden voor een kritische beschouwing en mogelijke herijking van ons arbeidsrecht? Jazeker. Van belang is dat het arbeidsrecht is voorbereid op vraagstukken van moderne arbeidsverhoudingen zoals *zzp* (maar ook *payrolling* en *contracting* kunnen genoemd worden), zodat het in discussies over deze verhoudingen zijn grondslagen niet verlaat of (onbedacht) prijsgeeft. We mogen immers trots zijn op het arbeidsrecht zoals zich dat in de loop der tijden heeft ontwikkeld. Dat mogen koesteren. We moeten echter niet bang zijn dit mooie arbeidsrecht op onderdelen te moderniseren, indien dat noodzakelijk en gewenst is. En wie weet lift de *zzp'er* in die modernisering van het arbeidsrecht (inclusief het fiscale en sociale zekerheidsrecht) wel gewoon mee...

42 A.R. Houweling, *ZZP: wat wil, moet en doet het arbeidsrecht ermee?*, *ArbeidsRecht* 2011 8/9, p. 14.