

Zzp-ers: flexibiliteit, bescherming en zekerheid

Oratie uitgesproken door

prof.mr. Gerrard C. Boot

bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar op het gebied van het

Arbeidsrecht

aan de Universiteit Leiden

op vrijdag 13 januari 2012



Universiteit Leiden

Mijnheer de Rector Magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders.

Ik voel mij vereerd hier vandaag voor u te staan. Ik ben heel blij dat u in zo grote getale naar Leiden bent gekomen, en nog wel op vrijdag de 13e. Misschien gaf die datum u een lichte aarzeling, en hebt u overwogen om geen risico's te nemen en rustig thuis te blijven. Het doet mij goed dat u die mogelijke twijfel overwonnen hebt. Dat u misschien aarzelingen hebt gehad is overigens niets om u voor te schamen. In dat verband past een anekdote over de fysici Niels Bohr en Albert Einstein. Einstein bezoekt Bohr in zijn zomerhuisje aan de Deense kust. Hij ziet dat boven de ingang naar plaatselijk gebruik een hoefijzer is aangebracht, om de inwoners van het huis geluk te brengen. 'Niels,' zegt hij, 'jij als fysicus gelooft toch zeker niet dat zo'n hoefijzer werkt en de loop van de gebeurtenissen beïnvloedt?'. Bohr antwoordt: 'Nee, natuurlijk geloof ik daar niet in, maar ik heb gehoord dat het ook werkt als je er niet in gelooft'. Einstein heeft, ongeveer 90 jaar geleden, les gegeven hier in Leiden, in het huidige Kamerlingh Onnes Gebouw, waar tegenwoordig de rechtenfaculteit is gevestigd. Ik ervaar het als een voorrecht daar een dag per week te mogen vertoeven.¹

1. Aanleiding

Ik wil mijn onderzoek de komende jaren vooral richten op de onderkant van de arbeidsmarkt. De onderkant van de arbeidsmarkt is een breed gebied: hij strekt zich uit van Filippijnse au pairs tot de jongeren die na enkele tijdelijke contracten uit de supermarkt worden ontslagen, om dan weer plaats te moeten maken voor nog jongere collega's.² Vandaag wil ik uw aandacht vragen voor kleine zelfstandigen, tegenwoordig zzp-ers genoemd, en de problemen waar zij soms voor staan.³

Enkele recente berichten:

- In 2010 zijn 250 Bulgaarse schijnzelfstandigen in het Westland opgepakt.⁴ De Arbeidsinspectie spreekt in dat verband zowel over het bestrijden van illegaal werk als ook over het tegengaan van uitbuiting.⁵
- Volgens een in 2010 verschenen SER-advies verdient 43% van de zzp-ers minder dan € 10.000 per jaar.⁶ Meer dan de helft van hen werkt meer dan 25 uur per week en verdient dus minder dan het minimumloon.⁷
- Volgens een in november 2011 verschenen rapport van het onderzoeksinstituut EIM (Onderzoek voor Bedrijf en Beleid) is 88% van de geïnterviewde zzp-ers blij met de gemaakte keuze voor het zelfstandig ondernemerschap en zou daar weer opnieuw voor kiezen.⁸

Deze berichten lijken haaks op elkaar te staan. Ik zal nagaan of dat ook echt zo is.

2. Inleiding

Ik begin met het perspectief van bedrijven.

Bedrijven kunnen werkzaamheden laten verrichten door vaste werknemers, door tijdelijke werknemers, door uitzendkrachten of door zzp-ers. De meeste bedrijven geven er de voorkeur aan dat het merendeel van de werkzaamheden door vaste krachten gebeurt. Dat is het beste voor de kwaliteit en continuïteit van het werk. Het percentage werknemers op basis van vaste contracten bedraagt, uitgaande van de Nederlandse definitie, vrij stabiel omstreeks 80% van het totaal aantal werkers.⁹ Bedrijven zeggen ook behoefte te hebben aan een flexibele schil van werkers. Die kunnen pieken opvangen. Die flexibele schil bedraagt dus omstreeks 20%.¹⁰ De Wet Flexibiliteit en Zekerheid werd in 1999 ingevoerd. Daarbij werd het voor bedrijven mogelijk in plaats van één nu drie tijdelijke contracten aan te gaan: flexibiliteit voor bedrijven. Uitzend- en oproepkrachten kregen daartegenover een wat sterkere rechtspositie. Zekerheid voor hen dus. Houwing heeft in haar proefschrift een groot aantal CAO's onderzocht en bekeken hoe de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in de praktijk

uitpakt: haar conclusie was dat de bedrijven meer flexibiliteit hebben weten te bewerkstelligen dan dat werkenden zekerheid hebben gekregen.¹¹ Ik zal straks stil staan bij de vraag hoe het met flexibiliteit en zekerheid zit waar het gaat om zzp-ers. Bedrijven kunnen ook andere motieven hebben om tijdelijke contractanten aan te stellen, bijvoorbeeld vanwege de lage lonen.¹² Tot zover een kort bedrijfsperspectief.¹³

Dan het perspectief van de werkenden

Je kunt in Nederland op verschillende manieren aan het werk. Als werknemer of als zelfstandige. Als werknemer heb je ontslagbescherming, recht op doorbetaling van loon als je ziek bent of er geen werk is, recht op doorbetaalde vakantie en op vakantietoelage. Ook moet het bedrijf veiligheidsvoorschriften in acht nemen, moeten er loonbelasting en premies worden ingehouden en ben je daarmee verzekerd tegen de risico's van werkloosheid en arbeidsongeschiktheid. Voor zelfstandigen gelden die veiligheidsvoorschriften maar in beperkte mate. Zij vallen niet onder de verplichte verzekeringen. Het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen is echter ook op allerlei andere gebieden van belang. Zelfstandigen genieten een fors belastingvoordeel. Voor zelfstandigen gelden soms soepelere eisen om in Nederland te mogen werken: werknemers hebben een verblijfsvergunning nodig én een werkvergunning. Zelfstandigen alleen een verblijfstitel.¹⁴ Dat is er de reden van dat in Nederland zo veel Bulgaarse en Roemeense zelfstandigen rondrijden: als werknemer mogen ze nog niet vrij aan het werk maar als zelfstandige wel.

Gevraagd naar het motief om als zelfstandige te gaan werken zijn veel zzp-ers positief. De belangrijkste reden is onafhankelijkheid, en het in vrijheid, dus met flexibiliteit, kunnen werken. De niet-financiële argumenten zijn sterker dan de financiële.¹⁵ Recentelijk noemde gemiddeld 20% van de geïnterviewde zzp-ers tegenover het EIM echter ook negatieve argumenten om als zelfstandige te zijn begonnen. Zij zagen de stap naar het zelfstandig ondernemerschap als enige optie

op geschikt betaald werk.¹⁶ Dat cijfer wordt beïnvloed door de personen die vanuit een uitkeringssituatie zijn begonnen: zij geven vaak aan geen andere weg meer te hebben gezien. Naast de tevreden zzp-er bestaat daarom ook de afhankelijke zzp-er. De term afhankelijke zzp-er hanteer ik als verzamelbegrip voor de zzp-er met een maatschappelijk gezien zwakke positie, wat het gevolg kan zijn van sterke afhankelijkheid van één opdrachtgever. Dat zal vaak samenhangen met een slechte financiële positie. Dat de tevreden en de afhankelijke zzp-ers van elkaar te onderscheiden zijn wordt onderschreven door Research voor Beleid. Dit bureau schrijft: "Er lijkt een tweedeling te zijn van personen die op eigen initiatief op basis van een opdrachtovereenkomst zijn gaan werken en personen die níet uit eigen vrije wil op basis van een opdrachtovereenkomst werken".¹⁷

3. Feiten

Waarom is het onderwerp zzp-ers relevant in relatie tot de onderkant van de arbeidsmarkt? Dat komt omdat de gedachte leeft dat het aantal zzp-ers snel groeit en dat van hun positie soms misbruik wordt gemaakt op het gebied van beloning of arbeidsomstandigheden. Om die reden wordt er zelfs voor gepleit zzp-ers de bescherming te geven van het arbeidsrecht.¹⁸

Om daar iets zinnigs over te kunnen zeggen is het nodig een aantal feiten op een rijtje te zetten.

Aantallen

Werknemers bestaan al lange tijd, en zelfstandigen nog langer. Dat het onderwerp zelfstandigen de laatste jaren sterk in de belangstelling staat komt omdat, naast 'klassieke' kleine zelfstandigen, zoals winkeliers, artsen en advocaten, de laatste jaren tal van personen aan de slag gaan die in feite alleen hun arbeidskracht verhuren zonder veel verdere materiële investeringen te hebben gedaan.¹⁹ Bovendien verrichten zij werkzaamheden die voorheen vooral door werknemers werden uitgevoerd.²⁰ In dat verband wordt over hen gesproken als 'nieuwe zelfstandigen' of zzp-ers. Een zzp-er is, zoals de naam

aangeeft, een zelfstandige zonder personeel. Op dit moment zijn er in Nederland 956.000 zelfstandigen, waarvan 632.000 zonder personeel.²¹ Een deel van hen, rond 400.000, betreft de (nieuwe) zzp-ers, dat wil zeggen degenen die hoofdzakelijk hun eigen arbeid inzetten. Het totaal aantal zelfstandigen ligt in Nederland op ongeveer 13% van de beroepsbevolking.²² Het aantal zzp-ers is daarentegen gestegen van ongeveer 3% van de beroepsbevolking in 2000 naar 5% in 2009.²³ De precieze cijfers hangen af van de gehanteerde definitie.

Tevredenheid of dwang

Zzp-ers zijn overwegend tevreden met hun positie en zouden, wanneer ze opnieuw de keuze hadden, daar weer voor kiezen. Het EIM heeft sinds 2010 een panel van 1.800 zzp-ers dat regelmatig wordt bevraagd. Dit betreft zelfstandigen zonder personeel, die minimaal 15 uur per week aan de onderneming besteden en die aangeven arbeid als voornaamste product van de onderneming te beschouwen, en geen goederen.²⁴ Echte zzp-ers dus. Uit het EIM panel-onderzoek blijkt dat 12% bij een nieuwe keuze zou opteren voor werknemerschap en 88% opnieuw zelfstandige zou worden.²⁵ Dat duidt dus op een grote mate van tevredenheid. Iets minder positief zijn de opdrachtnemers die geïnterviewd zijn door Research voor Beleid.²⁶ Van deze 254 opdrachtnemers zou 21% liever als werknemer werken dan als opdrachtnemer.

Dat de overgrote meerderheid van de benaderde zzp-ers positief is over hun werk is het overdenken waard. Werk is heel belangrijk voor mensen, en prettig werk dus helemaal. Alain de Botton uit in zijn Ode aan de Arbeid de veronderstelling dat er 'behalve liefde niets is dat zoveel zin kan verlenen aan ons bestaan als werk'.²⁷

Zoals gezegd meldt van het EIM-panel in november 2011 gemiddeld 20% een negatief startmotief te hebben gehad. Er zijn maar heel weinig werknemers die zich door hun werkgever echt gedwongen voelden om voor zich zelf te beginnen. Slechts 2% meldt in het EIM onderzoek van oktober 2008

dat de voormalige werkgever hen alleen nog maar werk wilde aanbieden als zij zelfstandige zouden worden.²⁸

Ik maak een kanttekening bij de representativiteit van het EIM-panel-onderzoek. Het EIM-panel bestaat uit zzp-ers die staan ingeschreven bij de Kamer van Koophandel.²⁹ Het Research voor Beleid onderzoek betreft opdrachtnemers. Het begrip opdrachtnemer vertoont een grote overlap met het begrip zzp-er. Uit dit onderzoek blijkt dat van de opdrachtnemers met slechts één opdrachtgever, maar 21% is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel en met 2 of 3 opdrachtgevers 65%. Daarentegen is van de opdrachtnemers met 11 of meer opdrachtgevers 80% bekend bij de Kamer van Koophandel. Met andere woorden: de meest afhankelijke opdrachtnemers staan niet ingeschreven bij de Kamer van Koophandel.

Het Research en Beleid-onderzoek meldt misschien om die reden dan ook iets meer 'drang': 9% van de opdrachtnemers ziet die overeenkomst niet als vrije keuze.

In het Research voor Beleid onderzoek meldt 63% van de opdrachtnemers dat zij zich niet door een willekeurig ander persoon mogen laten vervangen, en 56% dat zij verplicht zijn aanwijzingen van hun opdrachtgever op te volgen. Ook dat duidt op afhankelijkheid.³⁰

Financiële positie

De financiële positie van zzp-ers is vaak niet best en de afhankelijkheid van zzp-ers van één opdrachtgever is groot.

Uit door de fiscus aan de SER ter beschikking gestelde cijfers blijkt dat 43% een winst per jaar heeft lager dan € 10.000. Nog eens 16% heeft een winst tussen € 10.000 en 20.000.³¹ Bij elkaar heeft dus bijna 60% een winst lager dan € 20.000 per jaar.

Als het gaat om de financiële afhankelijkheid van opdrachtgevers wordt vaak gekeken naar het aantal opdrachtgevers. Wanneer dat aantal groot is, is de

afhankelijkheid van een enkele opdrachtgever waarschijnlijk klein. Maar interessanter is het om te kijken naar de omzet die bij de grootste opdrachtgever wordt genoten. Wanneer een zzp-er tien opdrachtgevers heeft, maar hij vrijwel alle omzet bij één van hen maakt, is hij immers van die ene opdrachtgever toch sterk economisch afhankelijk. Uit EIM onderzoek in 2008 blijkt dat een kwart van de zzp-ers meer dan 75% van hun omzet bij één opdrachtgever maakte, en ongeveer de helft van de zelfstandigen had meer dan 50% van zijn omzet bij de belangrijkste opdrachtgever.³² Dat duidt dus op een forse afhankelijkheid van een enkele opdrachtgever. Overigens noemt slechts 11% dat als knelpunt.³³ Opvallend genoeg duiden latere cijfers er op dat de afhankelijkheid van de grootste opdrachtgever iets minder is.³⁴ Nader onderzoek hiernaar lijkt mij geboden, want het is onaannemelijk dat de feitelijke situatie in korte tijd sterk veranderd zou zijn.

6 Afhankelijkheid kan zich ook voordoen in het niet durven weigeren van werk. Het EIM heeft onderzocht in welke mate zzp-ers in 2010 ongewenst werk moesten accepteren. Twintig procent van de ondervraagden geeft aan dat dat soms gebeurt, een kleiner percentage meldt dat dat regelmatig of altijd het geval is.³⁵ Werktijden plegen in 25% van de gevallen door zzp-er en opdrachtgever in overleg te worden vastgesteld. 70% van de zzp-ers stelt de werktijden zelf vast en bij 5% doet de opdrachtgever dat.³⁶

Research voor Beleid geeft ook inzicht in de door de ondervraagde opdrachtnemers berekende (omgerekende) uurtarieven. In hun laatste opdracht had een kwart een uurtarief lager dan €10, een zesde had een uurtarief tussen €10 en €20.³⁷ Voor een belangrijk deel (rond 50%) van degenen met deze lage zzp-inkomens vormt dit inkomen een belangrijk deel van het gezinsinkomen. Daarentegen hanteerde 4% een uurtarief boven €100. Bij de tarieven onder €20 zijn het begrijpelijkerwijs vooral (plm. 40%) de opdrachtgevers die de tarieven bepalen, bij de hoge uurtarieven overwegend de opdrachtnemers.³⁸

Voorzieningen

De matige financiële positie waarin veel zzp-ers verkeren uit zich in de manier waarop zij aankijken tegen de risico's van het niet-hebben van werk, van ziekte en van ouderdom. Het risico van werkloosheid is inherent aan het zijn van zelfstandige, zo zou men kunnen zeggen. Maar dan moeten de winsten in tijden van werk wel voldoende zijn om een periode van niet-werken te kunnen overbruggen. Het risico van ziekte en arbeidsongeschiktheid bij zelfstandigen is een bekend probleem. Op dit moment heeft maar ongeveer de helft van de zzp-ers een arbeidsongeschiktheidsverzekering, terwijl een groot deel van de niet-verzekerden meldt eigenlijk wel verzekerd te willen zijn.³⁹ De redenen dat dat toch niet gebeurt zijn een gebrek aan inkomen en de te hoge premies van die verzekeringen. Hier ligt dus een probleem, want wanneer deze zzp-ers ziek worden, dan kunnen ze diep in de problemen komen. De SER schrijft daarover dat het een maatschappelijke verantwoordelijkheid is dat een zzp-er de mogelijkheid heeft om op individueel niveau onder billijke condities een sociale voorziening te realiseren die vergelijkbaar is met een soortgelijke regeling voor personen met een dienstbetrekking.⁴⁰ Een dergelijke voorziening is er nu niet, omdat marktproducten met een goede prijs/kwaliteitverhouding ontbreken en de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen is afgeschaft. Uit het SER onderzoek blijkt dat voor een uitkering van € 32.000 per jaar een premie moet worden betaald tussen € 250 en 560 per maand.⁴¹ Dat betekent dus een percentage van gemiddeld 15%. Dat is erg veel gelet op het ziekterisico.

Dat wat geldt voor arbeidsongeschiktheidsverzekeringen geldt ook voor pensioenen. 25% van de zelfstandigen zegt hiervoor niets opzij te leggen terwijl dat eigenlijk wel zou moeten en 40% doet naar eigen zeggen te weinig.⁴² Blijkbaar zijn de verdiensten voor velen van hen te gering om dat te kunnen doen.

Tot zover enkele feiten.

4. Problemen

Welke problemen doen zich met betrekking tot zelfstandigen op de arbeidsmarkt voor?

1. Er is, op enigerlei schaal, sprake van uitbuiting. Daarvan is volgens de Inspectie SZW sprake bij een combinatie van ernstige en vaak onmenselijke situaties die zich op de werkvloer kunnen voordoen, en het bestaat veelal uit een stapeling van overtredingen van ondermeer arbeidsomstandigheden, arbeidstijden, minimumloon, zwart loon en fysiek geweld.⁴³

2. Er is zoals gezegd sprake van een kleine groep zelfstandigen 'tegen wil en dank'. Zij waren ooit werknemer; zij zijn tegen hun wil in zelfstandige geworden en verrichten werkzaamheden die eigenlijk het zelfde zijn als toen ze werknemer waren, maar dan tegen slechtere arbeidsvoorwaarden.⁴⁴

3. Er zijn bedrijfstakingen waar - als het aan de bedrijven wordt overgelaten - op grote schaal gebruik wordt gemaakt van contracten met zelfstandigen, hoewel sprake is van een duidelijk afhankelijke situatie. Een voorbeeld hiervan is de postwereld met nieuwe postbedrijven zoals Sandd. Sandd sloot in 2008 met zijn postbezorgers alleen opdrachtovereenkomsten, tegen een vergoeding die vrijwel altijd onder het minimumloon lag.⁴⁵ Je had als potentiële postbode bij Sandd geen keuze: je kon als zelfstandige aan de slag, of anders niet. Hier wordt dus arbeid die voorheen bij PTT op basis van een arbeidsovereenkomst werd verricht, alleen nog overgelaten aan zelfstandigen.

4. Er zijn ook andere bedrijven die incidenteel de arbeidskosten proberen te drukken. Een voorbeeld hiervan is de bouw. Daar wordt op grote schaal gebruik gemaakt van zowel flexibele werknemers als ook van zzp-ers. Naar ik van een bouwondernemer recentelijk tijdens een zitting vernam komt dat omdat een timmerman in loondienst met toepassing van CAO-normen € 39 per uur kost, exclusief eventuele toeslagen, terwijl er amper meer opdrachten worden binnengehaald waarbij voor een timmerman € 39 in rekening kan worden

gebracht. Dat doet voor bedrijven de verleiding ontstaan om een zzp-er aan te nemen voor minder dan € 39 all-in per uur.

5. Verzekeringen. Ik noemde al dat zzp-ers zich tegen risico's van arbeidsongeschiktheid en voor pensioen willen verzekeren, maar dat niet kunnen, althans op grote schaal niet doen.

6. Over de vraag naar de tegenover zzp-ers te hanteren veiligheidsvoorzieningen begint consensus te ontstaan. Tot enkele jaren geleden gold de Arbeidsomstandighedenwet vrijwel uitsluitend voor werknemers, en niet voor zelfstandigen. De beschermende bepalingen voor zelfstandigen zijn de laatste jaren uitgebreid. De SER pleit voor nog verdere uitbreiding.⁴⁶

7. Voor bedrijven is een probleem dat er onduidelijkheid kan bestaan of iets een arbeidsovereenkomst is of een opdrachtovereenkomst. Dat kan er in resulteren dat er achteraf allerlei claims komen, waar het bedrijf niet op gerekend had. Ik wil over deze problemen en mogelijke oplossingen kort een aantal opmerkingen maken.

1. Veel problemen komen neer op de definitie van werknemer dan wel die van zelfstandige. Een duidelijke definitie van die begrippen ontbreekt. Voor zover er wel omschrijvingen bestaan bevatten die veel open normen. Voor 'echte' zelfstandigen gelden weinig beschermende bepalingen. Zij leveren diensten, en het vrij verkeer daarvan is Europees rechtelijk gezien ook nog eens gewaarborgd. Tegelijkertijd gaan zo ongeveer alle rechtstelsels er van uit dat ten behoeve van sociaal-beschermende regels gekeken moet worden naar de feitelijke situatie, en niet naar het juridisch etiket wat daar op is geplakt.⁴⁷ Het gaat dus ook om de afbakening van de echte zelfstandige en de schijnzelfstandige. Wanneer de uitbuitene een 'schijn' zelfstandige is, dan kan er worden opgetreden en kan bijvoorbeeld betaling van het minimumloon worden afgedwongen.

2. In verschillende branches geldt specifieke regelgeving, juist met het oog op het tegengaan van wantoestanden. Toen de nieuwe postbedrijven tal van postbezorgers aanstelden op basis van een opdrachtovereenkomst deed dat veel wenkbrauwen fronsen, want die 19-jarige postbestellers op hun scoortertje zijn toch moeilijk als echte zelfstandigen te beschouwen. Uit onderzoek van Research voor Beleid blijkt dat alle geïnterviewden in de postsector minder dan € 10 per uur betaald krijgen.⁴⁸ De slechte positie van de postbezorgers heeft geleid tot AMvB's die er op neer komen dat postbedrijven eind 2013 voor minstens 80% met werknemers moeten werken, en dus voor nog maar maximaal 20% met opdrachtnemers.⁴⁹ Ook in het Beroepsgoederenvervoer gelden er bepalingen op grond waarvan alleen vervoersvergunningen worden afgegeven voor zover bedrijven met werknemers werken, en niet met zzp-ers.

3. Een deel van de problematiek gaat over geld en macht. Als het echt zo is dat het te betalen CAO-loon in de bouw boven de marktprijs ligt dan hebben de werkgevers slecht onderhandeld, hetzij bij de totstandkoming van de CAO hetzij bij het sluiten van bouwcontracten. Tegelijkertijd kan het op grote schaal inschakelen van zzp-ers het draagvlak van de CAO ondergraven en moeten dus ook vakbonden opletten zich niet uit de markt te prijzen.

4. De problematiek van het maar op beperkte schaal verzekerd zijn tegen risico's van arbeidsongeschiktheid en ouderdom kan voor een deel door de markt worden opgevangen, door adequate voorzieningen aan te bieden. Ten aanzien van arbeidsongeschiktheid heeft Westerveld hiervoor in haar inaugurele rede zes weken geleden in Amsterdam al aandacht gevraagd.⁵⁰ Ten aanzien van ouderdomsvoorzieningen zijn suggesties gedaan, zoals het op vrijwillige basis kunnen voortzetten van een bedrijfspensioenregeling. De zelfstandige heeft daarmee dan het voordeel van de collectiviteitskorting.⁵¹

5. Er zijn verschillende indicatoren die op afhankelijkheid kunnen duiden. Ik noemde al: een laag tarief, weinig

opdrachtgevers, een groot deel van het totale inkomen bij de grootste opdrachtgever, het niet als vrije keus ervaren van het zzp-schap, het de voorkeur geven aan het werknemerschap en het niet kunnen betalen van arbeidsongeschiktheids- of pensioenvoorzieningen. Research voor Beleid hanteert als de vier risicofactoren: het hebben van slechts één opdrachtgever, het eerder in loondienst zijn geweest bij een opdrachtgever, het ontbreken van vrije keus en het hebben van voorkeur voor een arbeidsovereenkomst. 46% van de onderzochten heeft dan minstens één risicofactor.⁵² Dat percentage komt in de buurt van het niet kunnen betalen van een voldoende arbeidsongeschiktheids- of pensioenvoorziening. Het komt ook in de buurt van het percentage van de zzp-ers voor wie betaling door de belangrijkste opdrachtgever minstens de helft van het inkomen vormt. Men zou daarmee kunnen stellen dat er voor een kleine helft van de zzp-ers op het gebied van afhankelijkheid wel wat aan de hand lijkt te zijn.

6. Daar waar zelfstandigen tot op zekere hoogte behoefte hebben aan inkomensbescherming, hebben bedrijven vooral behoefte aan zekerheid. Een bedrijf wil niet eerst een hoog uurloon betalen aan een zzp-er, vanuit het idee dat in dat uurloon ook echt alles zit, en dan later geconfronteerd worden met de claim dat die opdrachtovereenkomst toch eigenlijk een arbeidsovereenkomst was, en dat ook nog loonbelasting en premies betaald moeten worden. Voor wat betreft de zekerheid dat niet achteraf loonbelasting en premies betaald hoeven te worden waar niet meer op gerekend is, is met de Wet Uitbreiding Rechtsgevolgen VAR in 2004 een oplossing gevonden. Dat is een voordeel voor bedrijven, en niet zozeer voor zelfstandigen. Echter indirect ook voor zelfstandigen, omdat, wanneer bedrijven eerder tot het sluiten van contracten met zelfstandigen willen overgaan, die zelfstandigen daar ook voordeel van hebben. Met de zelfstandigheidsverklaring, de VAR-wuo, is echter niet uitgesloten dat de betreffende relatie civielrechtelijk toch als arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt, zodat er bijvoorbeeld een ontslagvergoeding of vakantiedagen verschuldigd zijn. Die onzekerheid geldt dus

vooral voor bedrijven en het zijn de bedrijven die daar van af willen.

Tot zover enkele problemen en een aantal opmerkingen daarover.

5. Integrale benadering

De afbakening van de arbeidsovereenkomst met andere overeenkomsten vormt al ruim 100 jaar een bron van discussie. Wanneer er gesproken wordt over werknemers en zelfstandigen, dan is de afbakening tussen die twee begrippen relevant op allerlei gebieden: het arbeidsrecht, het belastingrecht, het socialezekerheidsrecht, het verblijfsrecht en de arbeidsomstandigheden. Als het gaat om een integrale visie op zzp-ers, moeten dus al die aspecten worden bekeken, waaronder de civielrechtelijke kant. De SER doet dat in haar advies van oktober 2010 niet, want de SER heeft het niet over de mogelijke aanspraken die zzp-ers tegenover hun opdrachtgevers hebben indien hun verhouding wel of niet kwalificeert als arbeidsovereenkomst.⁵³

Het arbeidsrecht besteedt vooral aandacht aan de civielrechtelijke kant van het zzp-schap. Ik heb dat in mijn proefschrift ook gedaan, door er voor te pleiten dat aan afhankelijke opdrachtnemers een hoger niveau van bescherming zou moeten worden gegeven dan thans het geval is. Die ontwikkeling en het denken daarover moet wat mij betreft doorgaan.⁵⁴

Tegelijkertijd ben ik van mening dat het niet mogelijk is op een zinvolle manier iets te zeggen over civielrechtelijke begrippen als misbruik door opdrachtgevers van afhankelijke zzp-ers, wanneer niet ook naar andere aspecten, zoals de fiscale behandeling wordt gekeken. Zelfstandigen genieten forse fiscale faciliteiten. Dat heeft, in de berekening van de econoom De Kam, tot gevolg dat een zelfstandige met een bruto inkomen van € 32.000 per jaar maar € 930 belasting betaalt, tegenover een werknemer met een zelfde bruto inkomen € 6.900.

De zelfstandige geniet bij dat inkomensniveau dus een netto belasting voordeel van ongeveer € 6.000; bij een inkomen van € 60.000 bedraagt dat voordeel zelfs ongeveer € 8.000 netto.⁵⁵ De belastingdienst zelf komt bij een inkomen van € 45.000 op een belastingvoordeel voor zelfstandigen van bijna € 6.000 netto.⁵⁶ Per 2012 worden die bedragen iets genivelleerd maar zelfstandigen blijven fiscaal fors gefaciliteerd.⁵⁷ Dat is gedaan enerzijds om het zelfstandig ondernerschap te stimuleren, maar ook om zelfstandigen te compenseren voor het gemis aan sociale voorzieningen. Bij de vraag of aan afhankelijke zzp-ers de volledige arbeidsrechtelijke bescherming dient te worden geven, dienen alle verschillende eerdergenoemde aspecten daarom in aanmerking te worden genomen.

Een oplossing voor de afhankelijke zzp-er zou op twee manieren kunnen worden bereikt.

1. Het maken van een definitie van het begrip zzp-er die voor alle gebieden geldt.
2. Het bereiken van oplossingen op deelgebieden.
Ik werk die twee mogelijkheden uit.

6. Nieuwe definitie

Als er één definitie zou kunnen worden gemaakt die zowel concreet is als ook toepasbaar op alle relevante deelgebieden, dan zou dat grote winst zijn. Zowel de SER als FNV Zelfstandigen pleit voor het maken van een nieuwe definitie. De SER stelt als definitie van de zzp-er voor: de ondernemer die geen personeel in dienst heeft waarbij voor de vaststelling of er sprake is van een ondernemer de volgende criteria gelden:

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

De SER voegt daar aan toe er aan te hechten

- dat zoveel als mogelijk is reeds vooraf duidelijkheid bestaat over de arbeidsrechtelijke status van de zzp-er c.q. het ondernemerschap, zowel voor de opdrachtgever als voor relevante instanties als voor de zzp-er zelf.

Het probleem van deze definitie is dat hij vage normen kent, die getoetst zullen moeten worden. Hoe en door wie dat gebeurt laat de SER in het midden. Als die duidelijkheid vooraf te verkrijgen is dan hebben de bedrijven hun zekerheid binnen. Maar hoe wordt schijn-zelfstandigheid voorkomen? Hoe wordt misbruik voorkomen, in de zin van tarieven waar niet goed van te leven valt? Dat zal allemaal nog ingevuld moeten worden. Daarmee is de omschrijving amper als een definitie te beschouwen.

10

De definitie van de zzp-er die de FNV Zelfstandigen voorstelt is: iemand die ervoor gekozen heeft om gedurende een zekere periode zelfstandig, voor eigen rekening en risico, zelf werkzaamheden voor anderen te verrichten op basis van een overeenkomst van opdracht, al dan niet in combinatie met een dienstverband en/of een uitkering. De FNV legt dus flinke nadruk op het in vrijheid besluiten om zelfstandige te worden. Klaarblijkelijk ziet de FNV daar de garantie dat geen misbruik wordt gemaakt. Het grootste bezwaar tegen de FNV definitie is dat ook dit een vage norm betreft. Verder biedt de definitie amper waarborgen tegen misbruik. Want wanneer is er sprake van in vrijheid kiezen voor het ondernemerschap? Daarbij is het goed mogelijk dat iemand er aanvankelijk zelf voor kiest als zelfstandige te gaan werken, maar allengs in een afhankelijke situatie terecht komt. De FNV definitie lost dus zeker niet alle problemen op.

Het is denkbaar om een ruime, en dwingende omschrijving van de arbeidsovereenkomst te maken. Zo zou kunnen worden bepaald dat in beginsel iedere arbeid die, met een bepaalde omvang, voor een ander verricht wordt, geacht wordt op basis van een arbeidsovereenkomst te zijn verricht, tenzij sprake is

van uitzonderingen, zoals het werken voor een groot aantal klanten. Met zo'n omschrijving wordt de arbeidsovereenkomst, veel meer dan nu het geval is, als normovereenkomst voorop gezet. Voor veel van de huidige zzp-ers, ook degenen die daar nu tevreden mee zijn, betekent dat dan dat zij onder de arbeidsovereenkomst zouden komen te vallen. Zo'n ruime definitie schiet daarom zijn doel verre voorbij.⁵⁸

7. Deeloplossingen

De oplossing voor de afhankelijke zzp-er begint daarom naar mijn mening niet met een voor alles en iedereen geldende definitie, maar met deeloplossingen.

Deeloplossingen kunnen zowel betrekking hebben op branches als op rechtsgebieden. Sommige oplossingen kunnen per branche worden gevonden. Afgelopen jaren vestigden zich in de zorgsector nog al wat zelfstandigen, naar eigen zeggen uit onvrede over de werkomstandigheden. Tussen fiscus, UWV en de verantwoordelijke ministeries heeft daarna overleg plaatsgevonden over de aan die zelfstandigen te stellen kwaliteitseisen en de beoordeling van hen in het kader van belasting en sociale zekerheid.

Ik meldde al dat in de postwereld de overheid heeft ingegrepen met een eis van eind 2013 minimaal 80% arbeidsovereenkomsten.

Maar de vraag is wat er voor de rest, de zzp-ers die dus niet tot die specifieke branches behoren, gedaan kan worden?

Op deelgebieden zijn oplossingen voorhanden. Een voorbeeld betreft arbeidsomstandigheden. In 2004 vond een uitbreiding plaats van het bereik van de Arbwet. Een aantal veiligheidsvoorschriften is al voor zelfstandigen gaan gelden.⁵⁹ De SER onderschrijft het uitgangspunt dat de arbeidsomstandigheden, het beschermingsniveau en de veiligheid op de werkplek voor allen die daar arbeid verrichten gelijk moeten zijn. De SER pleit daarom voor een verdere uitbreiding van het bereik van de Arbwet op

zelfstandigen, daar waar het gaat om concrete normatieve grenswaarden.⁶⁰ Die uitbreiding kan blijven doorgaan zonder dat dit afhankelijk hoeft te zijn van de ontwikkeling van andere regelgeving voor zelfstandigen.

Ik geef een ander voorbeeld van een voorstel tot oplossing op een deelgebied.

Vorige maand, in december 2011, is door de PvdA voorgesteld om een groot aantal zzp-ers recht te geven op 150% van het minimumloon. Het recht op 150% van het minimumloon zou gelden voor die zzp-ers die niet meer dan 3 opdrachtgevers hebben en qua arbeidsrelatie en maatschappelijke positie overeenkomsten vertonen met werknemers. Ik maak een aantal kanttekeningen bij dit prille voorstel, hoewel ik onmiddellijk onderschrijf dat het ook constructieve kanten heeft. Het voorstel zou immers een oplossing kunnen zijn voor die zzp-ers die nu een zo laag inkomen genieten dat zij daarvan niet goed kunnen bestaan. Een eerste punt van aandacht is dat meer dan de helft van de zzp-ers - en dat zijn vooral de lager opgeleiden - geen uurloon afspreken, maar juist een vaste prijs voor een bepaald werk.⁶¹ Die prijs voor een werk zal dus op de een of andere manier moeten worden vertaald naar een uurloon. Dat is niet zo eenvoudig. Een Bulgaarse timmerman kan hier een tafel maken en die voor € 200 te koop aanbieden. Niemand die dat tegenhoudt, ook niet wanneer dat in opdracht gebeurt. Maar wat betekent het PvdA-voorstel wanneer duidelijk wordt dat de timmerman met de tafel 20 uur is bezig geweest en € 40 materiaalkosten heeft gehad? Kan hij dan achteraf € 100 extra claimen? Een tweede punt van aandacht betreft de onduidelijkheid van de omschrijving. Mensen met een zwakke maatschappelijke positie hebben alleen iets aan wettelijke bescherming wanneer de norm zo klip-en-klaar helder is, dat ieder weldenkend mens beseft dat die claim in rechte zal worden toegewezen. De omschrijving 'qua arbeidsrelatie en maatschappelijke positie overeenkomsten vertonen met werknemers' voldoet niet aan die eis van volstrekte helderheid. Een derde aandachtspunt

is de, wat ik kortweg noem, mededingingsrechtelijke kant. Prijsafspraken tussen echte zelfstandigen liggen mededingingsrechtelijk gezien lastig.⁶² Prijsafspraken, zoals in CAO's gebeurt, zijn echter toegestaan waar het gaat om afspraken tussen sociale partners die er op gericht zijn om de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren.⁶³ Of een dergelijke wettelijke regeling aan die criteria voldoet zou moeten worden onderzocht. Het PvdA-voorstel is interessant, maar behoeft zeer nadrukkelijk nadere uitwerking voordat het een oplossing kan bieden.⁶⁴

8. Andere vorm van regulering

Er zou ook op een heel andere manier regulering kunnen plaatsvinden. Die regulering dient enerzijds een oplossing te bieden voor de afhankelijke zzp-ers en anderzijds de tevreden zzp-ers niet in hun vrijheid te belemmeren. Afhankelijke zzp-ers hebben vooral een probleem wanneer ze niet de voordelen van het zelfstandig ondernemerschap genieten, te weten de fiscale facilitering, maar wel de nadelen van de opdrachtovereenkomst hebben, te weten het gebrek aan civielrechtelijke bescherming. Zij zitten in de dubbele min. Op zichzelf vormt het niet-verzekerd zijn voor de werknemersverzekeringen niet het echte probleem, maar alleen wanneer de betaling zo laag is dat niet zelf een adequate vorm van verzekering of sparen kan worden bekostigd. De fiscus is de instantie die beslist over het toekennen van de zelfstandigenaftrek voor de belastingen. Bovendien is het de fiscus die het bewijs verstrekt dat toegang geeft tot veel zzp-werk, namelijk de zelfstandigheidsverklaring, de VAR-wuo. Het ligt daarom voor de hand om een koppeling aan te brengen tussen enerzijds het wel of niet genieten van die fiscale voordelen, en anderzijds het wel of niet hebben van civielrechtelijke bescherming. Een logische volgorde lijkt dan: de fiscus verstrekt de VAR-wuo alleen wanneer er fiscale voordelen worden genoten en er aan bepaalde ondergrenzen is voldaan. Wanneer aldus een VAR-wuo is verstrekt, dan heeft die gevolgen voor de civielrechtelijke kwalificatie van de relatie tussen de zzp-er en zijn opdrachtgever. Er is zo sprake van

een drietrapsraket. De eerste trap speelt zich bij de fiscus af en betreft de zelfstandigheidsaftrek. De tweede trap speelt zich ook bij de fiscus af en is de vraag of er een VAR-wuo wordt verstrekt. De derde trap speelt zich af tussen de zzp-er en zijn werkverschaffer. Die derde trap is wat arbeidsrechtjuristen noemen de rol van de partijbedoeling bij de civielrechtelijke kwalificatie van de arbeidsrelatie, en de rol die het overleggen van een VAR-wuo bij het vaststellen van die partijbedoeling heeft.⁶⁵

Ik werk deze drie trappen uit.

9. Huidige VAR-wuo

Eerst iets over de VAR-wuo op dit moment.

Op dit moment kan de VAR-wuo vrij makkelijk worden verkregen. Op de website van de fiscus is daarvoor een aanvraagformulier te vinden. In dat formulier staan vragen zoals:

- Verwacht u komend jaar voor minder dan 3 opdrachtgevers werkzaam te zijn, tussen 3 en 7 opdrachtgevers of voor meer dan 7 opdrachtgevers?
- Beschikt u over kapitaal? Hoe maakt uw onderneming zich bekend naar buiten?
- Loopt u ondernemersrisico?
- Bent u verplicht aanwijzingen van uw opdrachtgevers op te volgen?

De fiscus beoordeelt die aanvraag aan de hand van een zogenaamde beslisboom. Op basis van te voren ingevoerde standaardantwoorden beslist 'de computer' of de VAR-wuo wordt afgegeven of niet. Hoe die modelantwoorden in de computer zijn ingevoerd wil de fiscus niet zeggen. Dat is bedrijfsgevoelige informatie. Er wordt weinig over geprocedeerd dus uit de rechtspraak blijken de precieze criteria ook niet. Een recente uitspraak uit Breda vormt een uitzondering.⁶⁶ Wel verklaarde een woordvoerder van de fiscus tegenover mij dat het invullen dat men slechts één

opdrachtgever heeft of verwacht te hebben, niet betekent dat de VAR-wuo wordt afgewezen. Dus ook met slechts één opdrachtgever kan men door de fiscus als zelfstandige worden aangemerkt. Er worden per jaar 450.000 Var-wuo's aangevraagd. Maar ongeveer 1.500 keer wordt per jaar bezwaar gemaakt. De fiscus vermoedt dat de aanvragers die het met de uitkomst niet eens zijn een nieuwe aanvraag indienen, en dan de vragen iets anders beantwoorden. Officieel beoordeelt de fiscus dus op basis van de feitelijke situatie, zoals die bestaat of zoals de aanvrager verwacht dat die zal zijn. In werkelijkheid heeft de aanvrager het fors in de hand om wel of niet een VAR-wuo te verkrijgen. Een groot deel van de vragen heeft immers betrekking op verwachtingen: hoeveel opdrachtgevers verwacht de aanvrager het volgend jaar te verkrijgen; verwacht de aanvrager dat hij dan bij ziekte doorbetaald zal worden? Een verwachting kan moeilijk onjuist worden ingevuld, dus door een roze dan wel juist een zwarte bril op te zetten kan iemand zijn verwachtingen bijstellen, en aldus een formulier invullen zonder daarbij onjuiste informatie te geven. Op internet circuleren antwoorden waarvan gebleken is dat die er toe leiden dat de fiscus er een VAR-wuo op af geeft. Daarmee is, in ieder geval voor het eerste jaar, een soort opting out mogelijkheid ontstaan. Dat betekent dat men er wat betreft de werknemersverzekeringen voor kan kiezen om uit het systeem te stappen. Dat staat op gespannen voet met het systeem van werknemersverzekeringen. Dat systeem houdt namelijk uit solidariteitsoverwegingen een verplichte verzekering in. Wanneer men er voor kan kiezen dat systeem te verlaten, bestaat het risico dat dit gebeurt door de gezonde werkenden, en in de verplichte verzekering de ouderen met een grotere ziektekans achter blijven. Men zou daarom verwachten dat de fiscus dit stevig controleert. Doordat de fiscus over de inkomensgegevens van de Nederlandse belastingplichtigen beschikt, zou na bijvoorbeeld een jaar gecontroleerd kunnen worden hoeveel opdrachtgevers substantiële inkomsten hebben opgeleverd en welk aandeel ieder van hen had. Dat gebeurt op dit moment echter niet structureel.

10. Fiscale faciliteiten en VAR-wuo

Het wel of niet genieten van zelfstandigenaftrek speelt op dit moment geen rol bij het toekennen van een VAR-wuo. Toch wordt die aftrek door lang niet alle zzp-ers geclaimd. Vooral bij de lage inkomens gebeurt dat maar in beperkte mate.⁶⁷ In dat verband is het van belang er bij stil te staan dat er momenteel drie vormen van fiscale facilitering zijn voor zelfstandigen: de gewone zelfstandigenaftrek, de MKB-aftrek en de startersregeling. Met de zelfstandigenaftrek is het meeste geld gemoeid: € 1.188 miljoen tegenover €68 miljoen voor de startersregeling en € 665 miljoen voor de MKB-winstvrijstelling.⁶⁸ Voor de zelfstandigenaftrek geldt een urennorm van 1.225 uur per jaar. Indien de zelfstandige opgeeft minder dan 1.225 uur per jaar met zijn zelfstandige werk bezig te zijn, krijgt hij de aftrek niet. Voor de startersregeling geldt een urennorm van 800 uur en voor de MKB-winstvrijstelling geldt tegenwoordig geen urennorm meer.⁶⁹ De SER geeft aan dat het probleem van de urennorm is dat de controle erop moeilijk is.⁷⁰ De SER pleit daarom voor onderzoek naar een andere normering. Dat onderschrijf ik. Wanneer een inkomensondergrens wordt gehanteerd voor het verkrijgen van zelfstandigenaftrek, dan vormt dat er tevens een drempel tegen dat een zzp-er zich in de markt zet tegen een te lage betaling. Zoals ik zo dadelijk zal laten zien betekent dit dat als een zzp-er structureel dat inkomensniveau niet haalt en dus geen zelfstandigenaftrek krijgt, hij ook geen VAR-wuo krijgt. Wanneer hij dan op basis van een overeenkomst toch werkzaamheden verricht, dan kwalificeert dat in beginsel als arbeidsovereenkomst.

11. Fiscale faciliteiten als voorwaarde voor toekenning VAR-wuo

De tweede trap is de vertaling van het verkrijgen van de fiscale faciliteiten naar de VAR-wuo. Het directe effect van de VAR-wuo is dat geen loonbelasting hoeft te worden ingehouden en er geen socialeverzekeringplicht bestaat. Voor afgifte van een VAR-wuo acht ik het genieten van de hierboven genoemde zelfstandigenaftrek een belangrijk startpunt. Verder zou aan een aantal concrete vraagpunten kunnen worden getoetst, zoals

het aantal opdrachtgevers en de financiële afhankelijkheid daarvan. Over die vragenlijst zal ik zo een aanbeveling doen. In de derde plaats zouden ook anderen een rol kunnen spelen bij de totstandkoming van het per branche op te stellen beleid voor de afgifte van de VAR-wuo's. Dat kunnen zowel andere ministeries zijn, als ook de sociale partners. Het is denkbaar dat vakbonden en werkgeversorganisaties constateren dat er in een bepaalde branche op grote schaal verdringing van werknemers door zzp-ers plaatsvindt en dat dat, bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van kwaliteit, onwenselijk wordt gevonden. In zo'n geval kan de fiscus als uitvoerder van dit beleid voor die branche extra eisen stellen aan de afgifte van een VAR-wuo.

Op deze manier vindt een zodanige toets van plaats voorafgaand aan de VAR-wuo, dat misbruik kan worden voorkomen. Ik noem dat een inhoudelijk getoetste VAR-wuo.

12. Doorwerking VAR-wuo naar kwalificatie overeenkomst

Ik kom daarmee aan de derde trap van de raket, namelijk de doorwerking van de VAR-wuo naar de civielrechtelijke kwalificatie van de arbeidsrelatie.

Wanneer een zzp-er een inhoudelijk getoetste VAR-wuo heeft, dan zie ik er weinig bezwaar in om de overlegging van zo'n VAR-wuo grote invloed te geven bij die civielrechtelijke kwalificatie. Anders gezegd: wanneer een zzp-er zo'n inhoudelijke VAR-wuo toont en met de opdrachtgever een opdrachtovereenkomst aangaat, dan zal een claim achteraf van deze zzp-er dat de relatie toch een arbeidsovereenkomst was, uitzonderingen daargelaten, niet behoren te worden toegewezen. Het niet-overleggen van een VAR-wuo is daarentegen een sterke indicatie voor een arbeidsovereenkomst.

Met een dergelijk systeem hoop ik een stap te zetten in de richting van de opvattingen van Loonstra en Van Marwijk Kooij.⁷² Ik bepleitte in het tijdschrift ArbeidsRecht in 2008 doorwerking van de VAR-wuo in de vorm van de

partijbedoeling naar de civielrechtelijke kwalificatie, zolang dat geen misbruik opleverde. Van Marwijk Kooij en Loonstra waarschuwen voor die doorwerking, omdat daarmee tekort werd gedaan aan de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht. Ik stel daarom voor aan die beschermingsgedachte invulling te geven door een echt inhoudelijke toetsing bij het verstrekken van de VAR-wuo. Ik wil dat niet slechts overlaten aan de afhankelijke zzp-ers zelf, omdat de ervaring helaas leert dat zij maar in beperkte mate procederen. Ik wil de bescherming een stap eerder aanbrengen, op het gebied van de zelfstandigheidsverklaring.⁷²

13. VAR-aanvraag door beide partijen

Aldus is het denkbaar dat een op basis van inhoudelijke criteria aangevraagde en getoetste zelfstandigheidverklaring tot stand komt, die partijen in meerdere of mindere mate ook civielrechtelijk gezien bindt.

Probleem in de Nederlandse situatie blijft dat de VAR-wuo alleen door de opdrachtnemer wordt aangevraagd. De opdrachtgever heeft daar geen bemoeienis mee, en kan dus ook niet op de ingevulde gegevens worden vastgepind. In Engeland gebeurt dat wel. Opdrachtgever en opdrachtnemer vullen daar samen de zelfstandigheidverklaring in. Per stap vertelt de computer of dat gaat leiden tot het afgeven van een verklaring of niet. Partijen kunnen de antwoorden dus zo wijzigen dat er een zelfstandigheidverklaring uitrolt. Op basis van die gegevens wordt een verklaring afgegeven die de opdrachtgever vrijwaart. Deze heeft er belang bij de gegevens naar waarheid in te vullen, anders vervalt zijn vrijwaring. Wanneer aldus door beide partijen een zelfstandigheidverklaring wordt aangevraagd, dan vormt dat een goede basis om aan die zelfstandigheidverklaring sterke betekenis toe te kennen voor de civielrechtelijke kwalificatie. Beiden zijn dan immers verantwoordelijk voor de consequenties daarvan. Het is dus zeer de moeite waard dit Engelse systeem en dat van andere ons omringende landen nader te onderzoeken.

14. Afronding

Het toekennen van civielrechtelijke gevolgen aan de partijbedoeling, zoals die tot uiting kan komen door het aanvragen en overleggen van een zelfstandigheidverklaring, betekent een botsing van belangen. Het bedrijf heeft belang bij zekerheid: het wil weten dat als een all-in loon betaald wordt, er geen andere kosten bijkomen. De afhankelijke zzp-er heeft er belang bij gevrijwaard te worden tegen onderbetaling. De tevreden zzp-er heeft belang bij behoud van zijn vrijheid. Bij de Flexwet waren het de bedrijven die flexibiliteit wilden en de afhankelijke werknemers zekerheid. Bij de vraag naar de kwalificatie van de opdrachtovereenkomst wil juist het bedrijf zekerheid, wil de tevreden opdrachtnemer onafhankelijkheid en flexibiliteit en behoeft de afhankelijke zzp-er bescherming. De titel en daarmee de kortste samenvatting van mijn rede luidt daarom: zzp-ers: flexibiliteit, bescherming en zekerheid.

Tot zover het juridische gedeelte van mijn betoog.

Het protocol van deze ruim 400 jaar oude universiteit schrijft voor dat ik een kort woord van dank mag richten tot diegenen die in mijn wetenschappelijke loopbaan een belangrijke rol hebben gespeeld. Aan dat protocol houd ik mij graag, maar de kwalificatie 'kort' legt wel een enorme beperking op in de omvang van deze dankbetuigingen.

Mijn allereerste dank gaat uit naar Guus Heerma van Voss. Wij ontmoetten elkaar in Utrecht omstreeks 1987, waar Guus werkte als wetenschappelijk medewerker en ik verbonden was aan het Bureau voor Rechtshulp. In 1990 stuurde ik een conceptartikel op naar de redactie van het tijdschrift Sociaal Recht. Guus vond het onderwerp aardig, maar er moest nog wel heel veel aan gebeuren. Dat heb ik, aan de hand van Guus' aanwijzingen, gedaan. Het resultaat was mijn eerste arbeidsrechtelijke publicatie begin 1991, over de bescherming die een werknemer ook tijdens de proeftijd behoort te hebben. In 1995 stelde Guus voor dat ik een boekje zou schrijven over wijzigingen in de werkloosheidswet. Dat gebeurde. Zo kruisten

onze paden elkaar af en toe, totdat ik op een Pinksterdag in 2001 onder het Rijksmuseum in Amsterdam fietste (dat kon toen nog) en een idee kreeg voor een wat grotere publicatie. Diezelfde dag stuurde ik Guus een e-mail of hij iets in het onderwerp zag. Zijn even zo vlotte bevestigende antwoord bevatte ook een vraag, namelijk of ik daar niet op wilde promoveren. Ook dat gebeurde, waarbij Guus mijn promotor werd. Ik heb dus heel veel aan Guus te danken, en dat spreek ik hierbij nogmaals uit. Wanneer mensen mij deze zomer vroegen wat mijn leerstoel precies inhield zei ik soms dat ik de 6e dag van Guus was. Dit najaar kon ik dat niet goed volhouden, en moest melden dat het zijn 8e dag betrof. Beste Guus, ik hoop dat mijn komst hier er aan kan bijdragen dat jouw volledige werkweek tot een dag of vijf beperkt kan blijven. Hoe dan ook ben ik heel blij met jou en de andere collega's op de juridische faculteit komende jaren te mogen verkeren. Ik dank daarom natuurlijk ook het College van Bestuur en het Bestuur van de Faculteit voor het besluit tot mijn benoeming.

Mijn vorige en huidige 'werkgever' (als ik dat zo mag noemen) hebben het mij mogelijk gemaakt advocatuur en rechtschap te combineren met publiceren en lesgeven. Van Kennedy Van der Laan noem ik Isabel Carvalho, die in het dagelijks leven mijn advocatenpraktijk op de rit hield. Joost Linneman was lid van het dagelijks bestuur en hij dacht intensief mee over de combinatie van wetenschap en praktijkbeoefening.

Van de rechtbank Amsterdam wil ik mijn dank uitspreken aan Ellis Sulsters, mijn, zoals dat heet, aanspreekpunt. Ellis is secretaris, en wij kijken elkaars concept-vonnissen na. De grondige wijze waarop Ellis dat doet maakt het mij mogelijk met een gerust hart één dag per week naar Leiden te kunnen gaan. Ik dank Anita Vegter en Carla Eradus die het vanuit het rechtbankbestuur mogelijk maakten mijn twee functies met elkaar te combineren. Twee functies betekent soms nogal wat ballen in de lucht. Ik dank Claartje Berkhout voor de gesprekken die ik hierover met haar had.

Bij de totstandkoming van deze rede zelf hebben allerlei mensen mij geholpen en zijn mij tot inspiratie geweest. Ik noem allereerst Michiel Langman, al 30 jaar vriend en daarbij klankbord bij het denken over arbeidsrecht en arbeidsmarkt. Ik noem verder Alexandra Baris, die nu mijn proefkonijn was, en Mercedes Grootsholten, die mijn spreektekst heeft nagekeken.

Dat ik ten behoeve van het in deze rede vervatte onderzoek gesprekken kon voeren met Erik Rutten van het Ministerie van Financiën, met Josien van Breda van FNV Zelfstandigen, met Marja den Oudsten van het UWV en met Minjon van Heijningen van de Arbeidsinspectie heb ik erg op prijs gesteld.

Het woord 'praktijk' is meerdere malen gevallen. Ik hoop juist door mijn praktijkervaring studenten te kunnen inspireren, en hun interesse te wekken voor het arbeidsrecht. Want arbeidsrecht is de prachtige combinatie van recht en emotie, van praktische toepassing, bevlogenheid en van zakelijkheid.

Ik kom tot een afronding. Ik ben heel blij dat mijn beide ouders hier vandaag zijn. Zo mooi als zij het denk ik vinden dat ik hier vandaag mag staan, zo fijn vind ik het dat mijn zonen Joris en Lieven dit mogen meemaken. Tenslotte dank ik Loes, mijn levenspartner. Aan haar draag ik deze rede op. Flexibiliteit, bescherming en zekerheid: samen met de door Alain de Botton genoemde liefde, vormen zij kernwaarden van onze relatie.

Ik heb gezegd.

Noten

- 1 Overgenomen uit: Wil Derkse, *Een levensregel voor beginners - Benedictijnse spiritualiteit voor het dagelijkse leven*, 2003, pag. 10.
- 2 Over de vaak schrijnende arbeidsrechtelijke positie van huishoudelijk personeel: Fundamental Rights Agency (FRA), *Migrants in an irregular situation employed in domestic work: Fundamental rights challenges for the European Union and its Member States*, juli 2011.
- 3 Enige jaren geleden, zoals in de Sociale Nota 2002, werd in dit verband ook wel gesproken over 'de nieuwe werknemer'. Zie hierover G.C. Boot, *Arbidsrechtelijke bescherming 2005*, hoofdstuk 13.
- 4 In het parlementair onderzoek 'Lessen uit recente arbeidsmigratie', TK 2011-2012, 32 680, nr. 4, pag. 48, wordt gerefereerd aan een schatting van de aannemersfederatie Bouw & Infra Nederland dat er meer dan 100.000 zzp-ers op bouwplaatsen werkzaam zouden zijn, waarvan ongeveer 70.000 schijnzelfstandigen.
- 5 Inspectie Sociale Zaken en werkgelegenheid, *Jaarplan 2012*, pag. 27. Ook in het parlementair onderzoek *Lessen uit recente arbeidsmigratie*, pag. 14, wordt gesteld dat arbeidsmigranten regelmatig onderbetaald en soms zelfs uitgebuit worden. Zeer interessant is daarbij de aanbeveling op pag. 15 om te onderzoeken op welke wijze benadeelde werknemers voorrang kan worden gegeven bij een tewerkstellingsvergunning voor nieuw werk.
- 6 SER, *ZZP-ers in beeld, Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel*, oktober 2010, pag. 191; SER, *Zelfstandigen en arbeidsomstandigheden*, maart 2011, pag 14; N.E. de Vries, P.J.M. Vroonhof, *Stand van Zaken Zonder Personeel*, EIM september 2010, pag. 24. Er zijn ook cijfers over omzet beschikbaar: N. de Vries, W. Liebrechts en P. Vroonhof, *Zelfbewust een zelfstandige Positie - Economische zelfstandigheid van zzp-ers: resultaten zzp-panel meting I van 2011*, EIM november 2011. Zij melden dat 13% van de zzp-ers een omzet heeft van minder dan € 10.000 per jaar en 33% van minder dan € 25.000.
- 7 44% van degenen met een omzet tot € 10.000 werkt meer dan 25 uur per week; 64% van degenen met een omzet tot € 25.000 werkt meer dan 25 uur per week aldus EIM september 2010, pag. 24.
- 8 EIM september 2010, pag. 6.
- 9 De Nederlandse definitie heeft betrekking op personen die 12 uur of meer per week werken. De internationale definitie gaat uit van minimaal 1 uur per week.
- 10 F. Cörvers, R. Euwals, A. de Grip, *Labour market flexibility in the Netherlands. The role of contracts and self-employment*, CPM/ROA februari 2011, pag. 19. Zeer gedetailleerd ook: SER 2010, bijlage 3, pag. 180. Op basis waarvan R. Dekker in 'Flexibilisering - De balans opgemaakt', Publicatie nr. 1 van het Wetenschappelijk Bureau voor de vakbeweging, december 2011 tot het standpunt komt dat het percentage flexwerk in Nederland gestegen is van 20% in 1996 tot 24% in 2008 is mij, bij gebreke aan nadere referenties, niet duidelijk.
- 11 H. Houwing, *A Dutch approach to flexicurity*, 2010, pag. 262.
- 12 Cörvers, Euwals en De Grip 2011, pag. 22/24 en 87. Uit dit rapport blijkt dat tijdelijke contractanten gemiddeld 5 tot 15% minder verdienen dan werknemers op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.
- 13 Zie over de motieven van bedrijven om flexkrachten in te schakelen recent: De Beer, Dekker en Olsthoorn 2011, pag. 16 e.v..
- 14 Art. 2, eerste lid Wet Arbeid Vreemdelingen; J. van Drongelen, M.S. Houwerzijl, A.D.M. van Rijs, *SDU Commentaar 2011*, aant. bij art. 2 WAV.
- 15 Cörvers, Euwals en De Grip 2011, pag. 26.
- 16 EIM november 2011, pag. 35.
- 17 S. Bouma en B. Frouws, *Gebruik van de overeenkomst van opdracht*, Research voor Beleid, september 2011, pag. 27.
- 18 F. Grapperhaus in Nieuwsuur, 28 november 2011 (bron: Opmaat, nummer 2011/621).
- 19 SER 2010, pag. 16.

- 20 Kenmerk van de nieuwe zzp-er is dat deze werk verricht dat normaliter onder een arbeidsovereenkomst wordt verricht: SER 2010, bijlage 3.
- 21 SER 2010, pag. 28, op basis van cijfers van het CBS. De belastingdienst noemde tegenover de SER een aantal van 675.000 zzp-ers. Zie over de verschillende cijfers onder andere N.M. Bosch en D. van Vuuren, *De heterogeniteit van zzp-ers*, ESB, 12 november 2010.
- 22 WRR, *Investeren in werkzekerheid*, 2007, par. 2.5; Cörvers, Euwals en De Grip 2011, pag. 25 melden 14%.
- 23 EIM november 2011, pag. 5; SER 2010, bijlage 3, pag. 180. Ook hier komt Dekker 2011 tot hogere cijfers, namelijk een stijging van 6% in 1996 tot bijna 10% in 2010. Ik neem aan dat Dekker een andere definitie hanteert dan de SER en het EIM.
- 24 EIM september 2010, pag. 5.
- 25 EIM september 2010, pag. 6, EIM november 2011.
- 26 Research voor Beleid 2011.
- 27 Alain de Botton, *Ode aan de arbeid*, Atlas, 2009, pag. 32.
- 28 EIM 2008, pag. 10, 26, 47-52.
- 29 EIM februari 2010, pag. 9. Dat aanvankelijk alleen zzp-ers met een vast telefoonnummer waren genomen lijkt geen probleem te zijn. EIM september 2010, pag. 12, meldt dat nader onderzoek gedaan moet worden naar de gevolgen van het uitsluiten van de 06-zzp-ers. EIM november 2011, pag. 30, meldt dat zzp-ers die geregistreerd staan met een mobiel nummer geen andere omstandigheden ervaren dan zzp-ers die geregistreerd staan met een vast nummer. Dat duidt er op dat tussen deze twee groepen weinig verschil zit.
- 30 Research voor Beleid 2011, pag. 42.
- 31 SER 2010, pag. 191.
- 32 EIM 2008, pag. 8.
- 33 EIM 2008, pag. 33.
- 34 EIM november 2011, pag. 7 en 40 meldt dat 29% van de omzet afkomstig is van de belangrijkste klant en twee op de drie zzp-ers behaalt niet meer dan 50% omzet bij hun belangrijkste opdrachtgever.
- 35 EIM november 2011, pag. 42.
- 36 EIM november 2011, pag. 43.
- 37 Voor 60% van hen was dit een bruto bedrag.
- 38 Research voor Beleid 2011, pag. 48.
- 39 EIM 2008, pag. 9; SER 2010, pag. 100, 107 met verwijzing naar diverse andere onderzoeken waarin dit bevestigd wordt. EIM november 2011, pag. 6, rept over 38% niet verzekerden. Research voor Beleid noemt een percentage van 42% niet verzekerden.
- 40 SER 2010, pag. 21.
- 41 SER 2010, pag. 109.
- 42 SER 2010, pag. 119. EIM 2008 meldt zelfs 31% (pag. 300). Research voor Beleid noemt 54% zonder pensioenopbouw.
- 43 Inspectie Sociale Zaken en werkgelegenheid, Jaarplan 2012, pag. 27.
- 44 SER 2010, pag. 31.
- 45 Heliview Research, *Beloningsonderzoek Postbezorgers*, mei 2008, geciteerd in het vonnis van de Rechtbank Den Haag, 14 december 2011, rolnummer 380424 / HA ZA 10-4005.
- 46 SER 2011, pag. 21.
- 47 Zie recent bijvoorbeeld: ILO: *The employment relationship: an annotated guide to ILO Recommendation no 198*, 2011.
- 48 Research voor Beleid 2011, pag. 47. Dit bevestigt de uitkomsten uit het onderzoek van Heliview Research 2008.
- 49 Tijdelijk besluit arbeidsovereenkomst post, 8 oktober 2009, Stb. 2009, 418; Tijdelijk besluit postbezorgers 2011, 29 maart 2011, Stb. 2011, 159.
- 50 M. Westerveld, *Het stiefkind van het arbeidsrecht; de complexe relatie van zelfstandige arbeid en sociale verzekering*, UvA 2 december 2011.
- 51 SER 2010, pag. 130.
- 52 Research voor Beleid 2011, pag. 55.

- 53 Zo vind ik het opvallend dat in genoemd rapport op de pagina's 45 t/m 47 uitvoerige tabellen worden gegeven van de verschillende faciliteiten die werknemers en zelfstandigen hebben, en zaken als ontslagvergoedingen e.d. daarbij geheel buiten beeld blijven.
- 54 Dat gebeurt al op het gebied van de aansprakelijkheid van opdrachtgevers voor arbeidsongevallen. Zie daarover onder andere P.L.M. Schneider, 'Is de zzp-ers een persoon' in de zin van art. 7:658 lid 4 BW?', *TAR*, oktober 2011. Te denken valt ook aan een redelijke tegenover de opdrachtnemer in acht te nemen opzegtermijn, en de vraag of het BBA of eventuele daarvoor in de plaats komende regelgeving op opdrachtnemers van toepassing zou moeten zijn.
- 55 SER 2010, pag. 45.
- 56 SER 2010, pag. 45.
- 57 De maximale aftrek van € 9.427 voor de laagste inkomens wordt teruggebracht naar het uniforme tarief van € 7.280. Dit vormt een opmaat naar het creëren van één geïntegreerde ondernemersfaciliteit (bron nieuwsbrief Coloniae Belastingadviseurs december 2011).
- 58 Ook de SER pleit niet voor een fundamentele herziening van het stelsel van arbeidsverhoudingen, SER 2010, pag. 152.
- 59 SER 2010, pag. 87.
- 60 SER 2011, pag. 21.
- 61 Van de hoogopgeleiden rekt 50% een uurtarief en van de laagopgeleiden 37%; meer dan de helft rekt dus een fixed price, EIM september 2010, pag. 21.
- 62 De NMa meldde in haar position paper richting SER dat de sociale partners in beginsel geen minimumtarieven of vaste tarieven voor zelfstandigen mogen vastleggen. Zie hierover SER 2010, pag. 135.
- 63 Hierover uitgebreid: E. Koot-van der Putte, 'zzp-ers en de CAO: mogelijk en wenselijk?' *In: De toekomst van het cao-recht*, onder redactie van A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, 2011, pag. 59-78.
- 64 Ik laat dan nog buiten beschouwing dat FNV Zelfstandigen tot op heden geen voorstander is van minimum uurtarieven, omdat hun leden er bang voor zijn dat deze minimum tarieven dan ook de standaardtarieven zullen gaan worden. Zier hierover ook SER 2010, pag. 134.
- 65 De SER bepleit een dergelijke doorwerking van VAR-wuo naar civielrechtelijke kwalificatie, SER 2010, pag. 65.
- 66 Rechtbank Breda, 15 september 2011, LJN BT7173.
- 67 SER 2010, pag. 61.
- 68 SER 2010, pag. 63.
- 69 SER 2010, pag. 65. Voor MKB-winstvrijstelling is deze in 2010 afgeschaft.
- 70 SER 2010, pag. 66.
- 71 Loonstra heeft zich hier herhaaldelijk over gebogen. Hij wijst erop dat de partijbedoeling alleen dan invloed behoort te hebben wanneer partijen een gelijke onderhandelingspositie hebben. Zie onder andere zijn met Jansen geschreven 'Art. 7:610 BW en de partijbedoeling', *TAP*, februari 2010, pag. 4/10. Evenzo terughoudend is Van Marwijk Kooij, 'Arbeidsovereenkomst ondanks management-bv; een reactie,' *ArbeidsRecht* 2008, nr. 22.
- 72 Een dergelijke oplossing strookt met de bevindingen op het congres van de European Association of Labour Court Judges (EALCJ) in juni 2011. De allerzwaksten op de arbeidsmarkt bleken amper zelf te procederen. Alleen in landen, zoals Ierland, waar de toegang tot overheidsinstanties als de Arbeidsinspectie, zeer laagdrempelig is en die instanties vervolgens zelf actie ondernemen, bleken deze zwaksten hun rechtspositie tot op zekere hoogte verwezenlijkt te zien.

PROF.MR. GERRARD C. BOOT



Gerrard Boot was ruim 20 jaar rechtshulpverlener en advocaat (bij het Buro voor Rechtshulp in Amersfoort en het Advokatenkollektief Oost en Kennedy Van der Laan in Amsterdam) toen hij in 2009 kantonrechter werd. In 2005 promoveerde hij op 'Arbeidsrechtelijke bescherming'. Sinds mei 2011 combineert hij het rechterschap met een aanstelling als hoogleraar arbeidsrecht. Hij is verder onder andere redacteur van het tijdschrift ArbeidsRecht, annotator bij Uitspraken Sociale Zekerheid, eindredacteur van Nederlandse Documentatie Sociale Zekerheid (Werkloosheidswet) en hij publiceerde in 2011 Arbeidsrecht Geschetst.

In deze rede gaat Gerrard Boot in op de positie van de zzp-er. Dat is een zelfstandige zonder personeel die zijn eigen arbeidskracht verhuurt. Veel zzp-ers zijn tevreden met hun positie, maar anderen zijn sterk afhankelijk van één opdrachtgever en verdienen onvoldoende om een arbeidsongeschiktheidsverzekering te sluiten of om te sparen voor hun pensioen. Vanuit de beschermingsgedachte van het sociaal recht behoort de afhankelijke zzp-er bescherming te genieten. Bij het creëren van die bescherming moet de onafhankelijke zzp-er niet onnodig in de wielen worden gereden. Aangezien een belangrijk facilitering voor zzp-ers op het fiscale vlak ligt, en de fiscus beslist over de afgifte van de belangrijke zelfstandigheidverklaring, zal worden onderzocht welke rol de fiscus kan spelen bij het voorkomen van misbruik van zzp-ers.



Universiteit Leiden