

Notitie ten behoeve van de IBO-werkgroep ZZP van prof. mr. dr. W.H.A.C.M. Bouwens (VU)

Naar aanleiding van uw verzoek stuur ik u een (uitgebreidere) schriftelijke weergave van mijn statement voor de bijeenkomst van 3 september 2014. Gelet op mijn expertise heb ik besloten mij niet zozeer uit te laten over de oorzaak van de opkomst van zzp'ers in Nederland en de gevolgen daarvan voor de economische groei, de arbeidsmarkt, de sociale zekerheid en de overheidsfinanciën, maar mij hierna vooral te concentreren op de vraag hoe aanpassingen in het sociaalrechtelijk beleid mogelijke negatieve effecten van deze ontwikkeling kunnen wegnemen.

De bescherming geboden door het arbeids- en socialezekerheidsrecht (hierna: sociaal recht), is in hoge mate gebaseerd op de bijzondere positie waarin werknemers verkeren. Werknemers zijn *juridisch ondergeschikt* aan hun opdrachtgever (de werkgever). Deze bepaalt in hoge mate de prestatie die de werknemer geacht wordt te leveren gedurende de arbeidsverhouding en heeft zeggenschap over de omstandigheden waaronder die arbeid moet worden verricht. De meeste werknemers zijn bovendien *economisch afhankelijk* van hun werkgever. Voor de voorziening in hun levensonderhoud zijn zij aangewezen op de inkomsten die zij uit de arbeidsrelatie met de opdrachtgever verwerven. Het wegvallen van die inkomsten stelt hen veelal vrijwel onmiddellijk voor financiële problemen. Het sociaal recht beschermt de werknemer door het gezag van de opdrachtgever aan banden te leggen (dwingend recht) en bescherming te bieden tegen de gevolgen van het wegvallen van de inkomsten uit arbeid als gevolg van arbeidsongeschiktheid, ouderdom of het verlies van de dienstbetrekking door ontslag.

Economische afhankelijkheid en juridische ondergeschiktheid zullen vaak samengaan, maar zijn niet onlosmakelijk met elkaar verbonden. Dit komt (ook) tot uitdrukking in de werkingssfeer van diverse sociaalrechtelijke wetten. Titel 10 van Boek 7 Burgerlijk Wetboek heeft uitsluitend betrekking op personen die een arbeidsovereenkomst hebben. Zij zijn 'in dienst' van, en dus juridisch ondergeschikt aan, de wederpartij. Dat de werknemer (tot op zekere hoogte) ook economisch afhankelijk is van de werkgever, wordt voor de toepasselijkheid van deze bepalingen verondersteld.

In andere wetten zien we dat de werkingssfeer niet beperkt is tot juridisch ondergeschikten, maar tevens betrekking heeft op zogenoemde '*Arbeitnehmerähnliche Personen*'. Dit zijn personen die anders dan op arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, maar ten opzichte van hun opdrachtgever in een met werknemers vergelijkbare, economisch afhankelijke positie van de opdrachtgever verkeren. Hun wordt door de betreffende regeling dezelfde bescherming geboden als werknemers. Dergelijke bepalingen treffen we onder meer aan in art. 1 onder b, ten tweede, van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (ontslagvergunning), art. 2 en 3 lid 1 Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en art. 4 en 5 van de Ziektewet en de Werkloosheidswet.¹

Ook in de Arbeidsomstandighedenwet (art. 1 lid 2) en Arbeidstijdenwet (art. 1.1) vinden we gelijkstellingsbepalingen. Het gaat dan om personen die, anders dan op arbeidsovereenkomst, werkzaam zijn onder gezag van de opdrachtgever en voor hun veiligheid en gezondheid dus mede afhankelijk zijn van diens instructies. Deze wetten zijn bijzonder omdat de voorschriften ook van toepassing kunnen worden verklaard op 'echte' zelfstandigen – dat wil in dit kader zeggen: personen die niet werkzaam zijn onder toezicht en leiding van de opdrachtgever - en meewerkende werkgevers (zie resp. art. 16 lid 7 Arbowet en art. 27 Artw). Zo is een groot aantal

¹ Ingevolge art. 8 Wet WIA werken deze uitbreidingen ook door naar de personele werkingssfeer van deze wet.

bepalingen van het Arbobesluit van overeenkomstige toepassing verklaard op deze twee groepen. Het gaat dan in de eerste plaats om situaties of omstandigheden die kunnen leiden tot zeer ernstig gevaar voor de zelfstandige, de werkgever die zelf arbeid verricht of derden. In 2012 werd het aantal voorschriften dat op deze groep van toepassing is uitgebreid. Bedoeling van deze uitbreiding was om dezelfde veiligheidsvoorschriften te laten gelden voor zelfstandigen en werknemers wanneer deze werkzaam zijn op een arbeidsplaats, waar gelijktijdig ook wordt gewerkt door anderen (andere werkgevers met werknemers, andere zzp'ers, andere alleenwerkende werkgevers), al dan niet voor rekening van dezelfde opdrachtgever. Het gaat steeds om situaties waarin de werkzaamheden van een gevolgen kunnen hebben voor de veiligheid en gezondheid van de ander. Verrichten zelfstandigen en werkgevers geheel op zichzelf werkzaamheden, dan is het in beginsel aan henzelf om de risico's in te schatten en met het oog daarop voorzieningen te treffen.²

Bovenstaande uiteenzetting maakt duidelijk dat de werkingssfeer van het sociaal recht als geheel – voor zover specifiek betrekking hebbend op de beroepsbevolking - niet digitaal is vormgegeven. Zij verschilt per subonderdeel. Soms worden uitsluitend personen werkzaam op arbeidsovereenkomst beschermd (titel 7.10 BW), andere keren zijn andere economisch afhankelijk eveneens onder het toepassingsbereik van de regelgeving gebracht (BBA, WMM, ZW, WW) en een enkele keer zijn de bepalingen (voor een deel) ook van toepassing op 'echte' zelfstandigen en (alleen- of meewerkende) werkgevers (Arbowet, Artw). Deze wetenschap roept de vraag op of een benadering waarin, afhankelijk van de aard van de regelgeving, zzp'ers soms wel en dan weer niet onder de personele werkingssfeer van sociaalrechtelijke regelingen worden gebracht, wellicht een interessante beleidsoptie kan zijn. Ik zou die vraag positief willen beantwoorden.³ Ik wil hieronder deze gedachte iets verder uitwerken.

In ons huidige rechtsstelsel is uitgangspunt dat partijen die in vrijheid met elkaar contracteren, de gelegenheid moet worden geboden hun rechtsverhouding zo veel mogelijk naar eigen inzicht in te richten. Dit wil echter niet zeggen dat partijen zich, enkel door hun overeenkomst tot het verrichten van arbeid anders te noemen, aan het wettelijk regime van de arbeidsovereenkomst moeten kunnen onttrekken. De definitie van het begrip arbeidsovereenkomst is niet voor niets dwingendrechtelijk. Ware dit anders, dan moet gevreesd worden dat juist degenen die de bescherming van het BW het hardst nodig hebben, vanwege een 'slikken-of-stikken-houding' van de wederpartij, de wettelijke bescherming eenvoudig kon worden onthouden met een schriftelijk contract dat geen correcte weergave vormt van de werkelijke verhouding tussen partijen. Het huidige recht biedt werknemers (en toezichthouders) mijns inziens op zichzelf voldoende aanknopingspunten om dergelijke gevolgen van een ongelijke onderhandelingspositie, te bestrijden. Ik denk in dat kader aan het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW en de bereidheid van de (kanton)rechter om rekening te houden met de wijze waarop partijen het contract feitelijk uitvoeren en om door schijnconstructies heen te prikken.

Er zijn echter ook tal van situaties waarin ook de opdrachtnemer bewust kiest voor een andere contractsvorm dan de arbeidsovereenkomst. Niet alleen opdrachtgevers stellen de flexibiliteit die zzp'ers kunnen bieden op prijs. Ook vele zzp'ers waarderen die flexibiliteit ('eigen baas zijn') positief. Kenmerkt de positie van de opdrachtnemer zich door zelfstandigheid en onafhankelijkheid – waarbij niet alleen gekeken wordt naar het contract, maar ook naar de feitelijke uitvoering daarvan - dan is er naar mijn mening ook weinig reden om partijen de als lastig ervaren

² Zie Nota van Toelichting bij het Besluit van 13 juni 2012, *Stb.* 2012, 720, p. 20.

³ Vergelijk M. Weiss, *Re-inventing Labour Law*, in: G. Davidov & B. Langill, *The idea of Labour Law*, Oxford UP 2011.

bevoogding van het dwingend privaatrecht op te dringen. Voor de sociale werknemersverzekeringen (WW, ZW, Wet WIA) en de arbeidsomstandighedenwetgeving zou ik echter anders willen oordelen.

Dat wij in Nederland hebben gekozen voor een systeem van verplichte werknemersverzekeringen van rechtswege hangt onder meer samen met het feit dat door een breed draagvlak van de sociale verzekeringen een menging van goede en slechte risico's plaatsvindt, waardoor voor iedere verzekeringsplichtige een aanvaardbare premiestelling ontstaat. Belangrijk voordeel van het verplichte karakter van de verzekeringen is voorts dat het werknemers behoedt tegen onderschatting van de risico's (werkloosheid, arbeidsongeschiktheid, enz.) die zij lopen.⁴

Veel zzp'ers zijn zich onvoldoende bewust van de risico's die hun bestaansvoorziening bedreigen, of zijn financieel niet in staat daarvoor te reserveren dan wel zich daartegen te verzekeren. Gevolg is dat het inkomen van deze zzp'ers soms gedurende geruime tijd gelegen is onder het sociaal minimum en dat zij uiteindelijk terug moeten vallen op het collectief gefinancierde vangnet van de Wet werk en bijstand wanneer de zaken zich niet ten goede keren. Ik acht het om die reden wenselijk de groep van kwetsbare zzp'ers (niet onder het privaatrechtelijk arbeidsrecht, maar wel) onder de verplichte werknemersverzekeringen te brengen. Daarmee wordt ook het draagvlak voor de sociale zekerheid vergroot en de prikkel voor werkgevers om gebruik te maken van schijnzelfstandigen verkleind. Ik heb in het bijzonder het oog op zzp'ers met een bescheiden inkomen, die voor hun inkomsten grotendeels afhankelijk zijn van één opdrachtgever met wie zij een meer dan incidentele werkrelatie hebben. Ik zou ervoor willen pleiten om de arbeidsverhouding van degenen die niet werkzaam zijn op een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking, maar die wel gedurende een aaneengesloten periode van ten minste dertig dagen wekelijks persoonlijk arbeid verrichten voor één andere natuurlijke of rechtspersoon en daaruit een inkomen ontvangen van ten minste 40% van het bruto minimumloon per maand, onder de werkingssfeer van de werknemersverzekeringen te brengen.⁵ Deze zzp'ers kunnen als regel aangemerkt worden als kwetsbaar, omdat zij voor hun inkomen in belangrijke mate afhankelijk zijn van één opdrachtgever. Overwogen kan worden tevens een bovengrens voor het inkomen op te nemen. Als de zzp'er uit de arbeidsverhouding met de betreffende opdrachtgever een (relatief) hoog inkomen verwerft – bijvoorbeeld tweemaal het brutominimumloon - kan hij geacht worden voldoende te kunnen reserveren voor slechtere tijden en geldt hij niet meer als kwetsbaar in vorenbedoelde zin.

Als het gaat om de Arbeidsomstandighedenwet zou ik nog verder willen gaan en, in navolging van de Sociaal-Economische Raad⁶, toepasselijkheid van alle concrete normatieve grenswaarden en doelbepalingen willen bepleiten op eenieder die arbeid verricht, dus ook op zzp'ers. Daarmee ontstaat een gelijk beschermingsniveau tussen werknemers en zzp'ers, is de bescherming van derden niet afhankelijk van de vraag wie de werkzaamheden verricht en wordt concurrentie op arbeidsomstandigheden voorkomen (*level playing field*). Een en ander dient wat mij betreft ook te gelden voor toepasselijkheid van de maximumarbeids- en minimumrusttijden van de Arbeidstijdenwet. Als die arbeids- en rusttijden thans een belemmering vormen om werknemers bepaalde werkzaamheden te laten verrichten die wel door zzp'ers kunnen worden gedaan, zou-

⁴ Zie daarover onder anderen: L. van den Berg, *Tussen feit en fictie*, diss. Nijmegen 2010, hoofdstuk 1.

⁵ Voor alle duidelijkheid: een VAR wuo of VAR dga behoort in mijn optiek dus niet meer tot een uitzondering op deze verzekeringsplicht te leiden.

⁶ Sociaal-Economische Raad, *Zelfstandigen en arbeidsomstandigheden*, advies 11/02, Den Haag 2011.

den zij moeten worden heroverwogen. Leidt deze heroverweging niet tot en aanpassing, dan zouden mijns inziens ook zzp'ers daaraan gebonden moeten zijn.

Amsterdam, 30 augustus 2014