

Hoofdstuk 5

Zelfstandigen zonder personeel

Frans Pennings

5.1 Inleiding

Afgelopen decennium is het aantal zzp'ers (zelfstandigen zonder personeel) sterk gestegen, van 519.000 in 2002, tot circa 1.000.000 in 2017. Momenteel is naar schatting 1 op de 10 werkenden zzp'er (<http://statline.cbs.nl>).

Zzp'ers in de zin van zelfstandigen die geen personeel hebben ('eenpitters') bestaan al lang, zelfs al langer dan werknemers. Sinds mensenheugenis zijn er boeren, winkeliers en ambachtsmensen met een eigen zaak ('de dorpsmid'). Van recentere datum is het verschijnsel dat zelfstandigen niet of nauwelijks een eigen bedrijfsruimte hebben, maar hun werk 'overal' kunnen verrichten. Soms is dat bij de opdrachtgever, soms ook te midden van werknemers van de opdrachtgever, bijvoorbeeld op een bouwplaats. Het verschil met de collega's op de werkvloer is in die situatie erg klein.

Het begin van de sterke groei van het aantal zzp'ers nieuwe stijl kan grofweg gedateerd worden op midden jaren negentig van de vorige eeuw. De arbeidsmarkt was krap en arbeidskrachten zagen als voordeel dat zzp'ers meer vrijheid hebben om zelf hun opdrachten te kiezen en eventueel te weigeren. Zzp'ers zijn bovendien niet onderworpen aan premies voor de verplichte werknemersverzekeringen, zodat ze een hoger nettoloon overhouden dan werknemers. Bovendien zijn er belangrijke fiscale voordelen verbonden aan het ondernemerschap. Ook voor opdrachtgevers is het vaak aantrekkelijker om in plaats van een werknemer een zzp'er aan te trekken, aangezien ze voor de zzp'er geen sociale premies hoeven af te dragen, geen ontslagvergoedingen hoeven te betalen of loon in geval van ziekte of als er geen werk is. Die verschillen maken werknemers vaak veel duurder dan zzp'ers. Werkgevers stimuleren soms werknemers om zzp'er te worden, bijvoorbeeld met de belofte dat ze opdrachten van hen krijgen. Soms is dat stimuleren niet vrijblijvend, zoals wanneer werkgevers werknemers ontslaan en ze later weer voor zich laten werken, maar dan als zzp'er. Hoe vaak dit voorkomt is onduidelijk.

Als economische risico's intreden, van welke aard ook, staat de zzp'er er in principe alleen voor. De zzp'er is niet verzekerd van werk, zodat als opdrachten wegvallen, ook het inkomen wegvalt, en dan is er geen opzegtermijn, ontslagvergoeding of werkloosheidsuitkering. Ook als een zzp'er persoonsgerelateerde risico's overkomen (ziekte, arbeidsongeschiktheid, ouderdom) zijn er weinig collectieve vervangende inkomensbronnen.¹

De vraag die daarom rijst is of het sociale stelsel nog wel adequaat ingericht is, nu er zulke aanzienlijke verschillen zijn tussen werknemers en zzp'ers. Die verschillen kunnen natuurlijk gerechtvaardigd zijn: door zzp'er te worden is betrokkene immers zelfstandige en dat impliceert dat hij of zij meer risico's voor eigen rekening wil

1. Ik laat hier de regeling zwangerschap en bevalling buiten beschouwing.

en kan nemen dan de werknemer. Werknemers verrichten immers afhankelijke arbeid, terwijl zzp'ers in theorie eigen baas zijn.

In theorie, want in sommige situaties zijn zzp'ers afhankelijk van maar enkele opdrachtgevers en/of hebben ze een laag inkomen, waardoor ze amper of geen reserves kunnen opbouwen. Ze zijn dan economisch kwetsbaar en kunnen in belangrijke financiële problemen komen als ze te weinig voorzorgsmaatregelen hebben genomen of als ze (financieel) niet in staat waren om voorzieningen te treffen.

Zzp'ers worden in dit boek behandeld omdat de inzet van zzp'ers nauw aansluit bij ontwikkelingen in het arbeidsbestel en de verzorgingsstaat, waarin allerlei vormen van flexibele arbeidsrelaties zijn ontstaan en zowel opdrachtgevers als opdrachtnemers behoefte hebben aan meer flexibiliteit dan de traditionele arbeids-overeenkomst biedt.

Ik zal in paragraaf 5.2 ingaan op de rechtspositie van de zzp'er als die een opdracht aanneemt en uitvoert. Wat is de geldende regeling en hoe biedt deze bescherming bij tussentijdse beëindiging, niet-betaling of te late betaling? Wat zijn de mogelijkheden om minimumtarieven af te spreken? Vervolgens behandelt paragraaf 5.3 de afbakening van werknemers en zzp'ers, hetgeen van belang is voor de vraag wie onderworpen is aan de premieplicht. Deze afbakening is tevens van belang voor de vraag welke categorieën zzp'ers te onderscheiden zijn, en of de sociale bescherming voor hen toereikend is. Die laatste vraag wordt verder uitgewerkt in paragraaf 5.4 en 5.5. Deze bespreking zal antwoord moeten geven op de vraag: is er behoefte aan meer sociale bescherming voor zzp'ers en aan welke criteria zou die moeten voldoen?

5.2 De zzp als opdrachtnemer

In paragraaf 5.1 zijn zowel economische als persoonsgerelateerde risico's genoemd. In deze paragraaf behandel ik de economische risico's. De economische risico's worden ook wel de ondernemersrisico's genoemd. Daaronder vallen verschillende risico's, waaronder gebrek aan opdrachten door economische crisis, wanbetaling, plotseling stopzetten van de opdracht en het hebben van geen of onvoldoende opdrachten.

Bij de bescherming tegen de economische risico's van zzp'ers wordt in de literatuur vaak slechts kort stilgestaan (De Laat 2017). De redenering is dat het gebrek aan opdrachten of tegenvallende resultaten nu eenmaal een ondernemingsrisico is en dat hier geen werkloosheidsregeling voor te creëren valt.² Op zich is dat juist. Wel heeft de zzp'er soms te maken met wanbetaling, slechte betaling en plotseling beëindigen van opdrachten. Dit vormt voor hem in verband met zijn beperkte reserves vaak een groot risico.

De opdrachtovereenkomst

Zzp'ers werken op basis van een overeenkomst tot opdracht,³ geregeld in artikel 7:400 BW. Deze is veel meer regelend van aard dan de arbeidsovereenkomst, hetgeen

2. Wilthagen 2012, p. 27 opperde het idee van een basis WW-inkomensdervingsvoorziening voor iedereen. Dit is echter nog niet uitgewerkt.

3. Of ze werken op een overeenkomst tot het aannemen van werk. Aangezien de overeenkomsten tussen zzp'ers en werknemers bij de overeenkomst tot opdracht het grootst zijn, zal deze hier besproken worden.

betekent dat partijen in hun overeenkomst van veel wettelijke bepalingen kunnen afwijken. Aangezien in de tijd dat deze bepalingen werden gemaakt zelfstandigen vooral voor particulieren werkten, is de wettelijke bescherming van de opdracht-overeenkomst, voor zover die er al is, vooral gericht op de opdrachtgever (*Kamerstukken II*, 1982/83, 17.779, nr. 3, p. 2. Zie ook Oey 2014, p. 12 en 15). Een particulier die een loodgieter inhuurt kan zodoende bijvoorbeeld gemakkelijk een opdracht beëindigen zonder schadevergoeding te hoeven betalen. Bij een zzp'er die werkt voor een groot bedrijf hebben we echter een andere situatie, waarin de zzp'er erg afhankelijk kan zijn van die opdrachtgever en is het soms problematisch dat juist de opdrachtgever bescherming krijgt (Hartlief 2003, p. 8).

Symbolisch, maar niet zonder juridische betekenis, is dat artikel 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij de werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen; een dergelijke bepaling bestaat niet ten aanzien van de opdrachtgever. Dat kan van belang zijn bij geschillen, aangezien uit de eis van goed 'opdrachtnemerschap' normen voortvloeien die bij een belangenafweging ten voordele van de opdrachtgever kunnen uitpakken.

De vraag rijst dan ook of er geen aparte regeling moet komen voor de zzp'er die werkt voor grote opdrachtgevers (zo ook De Laat 2017).

De bescherming van de zzp'er bij aangaan en uitvoering van de opdracht

Het BW legt vast dat als de overeenkomst door de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan, de opdrachtgever hem loon verschuldigd is. Bij overeenkomsten die hierover onduidelijk zijn (het kan bijvoorbeeld een mondelinge overeenkomst zijn), geeft deze bepaling derhalve bescherming aan de opdrachtnemer. Als de hoogte van het loon niet door partijen bepaald is, dan is de opdrachtgever het op de gebruikelijke wijze berekende loon of, bij gebreke daarvan, een redelijk loon verschuldigd. Ofschoon deze formulering (noodzakelijkerwijs) vaag is, geeft ze enige aanknopingspunten. Zo kan gebruik worden gemaakt van de tarieven en afspraken die gebruikelijk zijn in de bedrijfstak om het loon vast te stellen. Als die informatie niet aanwezig is, dan zal een deskundige hierover informatie moeten verschaffen, en die zal ook naar de gebruiken in de branche moeten kijken en naar het werk dat de opdrachtnemer heeft verricht.

De Hoge Raad overwoog in een arrest dat wat in een concreet geval als een redelijk loon heeft te gelden onder meer afhangt van de aard en de zo nodig schattenderwijs te bepalen omvang van de verrichte werkzaamheden en van hetgeen in de branche gebruikelijk is. Aan de bepaling van een redelijk loon kan, aldus de Hoge Raad, geen nauwkeurige berekening ten grondslag worden gelegd, waardoor geen hoge eisen kunnen worden gesteld aan de stelplicht van de opdrachtnemer en de motivering door de rechter.⁴ Met deze uitspraak komt de Hoge Raad de zzp'er dus in enige mate tegemoet.

De wet bepaalt voorts dat de opdrachtgever de opdrachtnemer de onkosten moet vergoeden die verbonden zijn aan de uitvoering van de opdracht, voor zover deze niet in het loon zijn begrepen.

Van groot belang voor de positie van de zzp'er is hoe de voorwaarden van de overeenkomst tot stand komen. Aangezien de wet slechts regelend recht biedt, kan

4. HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1680 (3Span/Recreatiebeheer Brabant Limburg).

van veel bepalingen van het Burgerlijk Wetboek worden afgeweken. Dat kan dus ook ten nadele van de zzp'er zijn, en dat zal zeker bij een grote opdrachtgever kunnen gebeuren, die in algemene voorwaarden veel van de risico's bij de zzp'er kan leggen. Het BW geeft, anders dan bij consumenten, geen bescherming tegen onredelijk bezwarende voorwaarden (De Laat 2017).

De positie van de zzp'er zou aanmerkelijk versterkt worden als hij zich met anderen kan verenigen en zo gemeenschappelijke voorwaarden kan vaststellen. Een beperking hierbij is de Mededingingswet, die prijsafspraken verbiedt. Daarbij biedt de zgn. bagatelbepaling overigens wel soelaas. Deze geldt voor afspraken tussen maximaal acht ondernemingen met gezamenlijk niet meer omzet dan 500.000 euro, als ze in hoofdzaak goederen leveren of niet meer dan 1,1 miljoen euro, als het om andere ondernemingen gaat. Door een initiatiefwetsvoorstel is de uitzondering onlangs uitgebreid tot overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van daadwerkelijke of potentiële concurrenten op een of meer van de relevante markten. De uitzondering geldt indien het gezamenlijke marktaandeel van de bij de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen of ondernemersverenigingen op geen van de relevante markten groter is dan 10%. Bovendien mag de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig beïnvloeden (art. 7 Mededingingswet). Als de groep groter is, mogen volgens de Mededingingswet geen prijsafspraken worden gemaakt.

Uit een evaluatie blijkt dat van deze mogelijkheid slechts beperkt gebruik wordt gemaakt. Overigens was slechts 10% van de geënuquëeerde bedrijven op de hoogte van deze bepaling en verklaarden de deelnemers dat er geen grote behoefte aan was, o.a. omdat ze geen goede samenwerkingspartners zien (Panteia 2014).

Vanwege de beperkte betekenis van de bagatelbepaling is de vraag interessant of afspraken ten behoeve van zzp'ers in een collectieve arbeidsovereenkomst kunnen worden gemaakt. In sommige bedrijfstakken bestaan (erg) lage tarieven voor werkzaamheden die worden uitgevoerd door zzp'ers. Een bekend voorbeeld is de beloning van vertalers en ondertitelaars. Een cao kan op grond van artikel 1, lid 2 Wet Cao ook overeenkomsten van opdracht of aanneming van werk betreffen. Toch is omstreden of in een cao aparte (minimum)tarieven voor opdrachtnemers mogen worden vastgelegd.

In 2006 werd in de cao voor remplaçanten bij symfonieorkesten van 2006 een tarief vastgelegd voor niet-werknemers; de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) reageerde hier echter op door hieraan een visiedocument te wijden (Nma 2007). De NMa concludeerde daarin dat vaste of minimumtarieven voor zelfstandigen opgenomen in een cao in strijd zijn met de Mededingingswet.

De FNV vocht dit standpunt aan voor Rechtbank en Hof Den Haag; de laatste legde vragen hierover voor aan het Hof van Justitie EU. Eerder had dit Hof al het *Albany*-arrest gewezen,⁵ waarin het oordeelde dat arbeidsvoorwaarden ten gunste van werknemers in cao's in beginsel niet onder de mededingingsbepalingen van het EU-Verdrag vallen. Nu was de vraag echter of afspraken over zzp'ers die bedoeld zijn met het oog op de bescherming van werknemers tegen te goedkope zzp'ers ook onder de *Albany*-exceptie vallen. Het Hof beantwoordde de vraag in het arrest

5. HVJ 21 september 1999, zaak 67/96, *Jur.* 1999, I-5751, *Albany*.

*FNV-Kiem*⁶ ontkennend. In cao's kunnen derhalve geen minimumafspraken voor zzp'ers worden vastgelegd, althans niet voor echte zelfstandigen. Voor schijnzelfstandigen kan het wel, aldus het Hof. Dat lijkt een open deur, maar interessant is dat het Hof een ruime definitie geeft van schijnzelfstandigen. Het overwoog dat een dienstverlener zijn hoedanigheid van zelfstandige marktdeelnemer, en dus van ondernemer, kan verliezen, wanneer hij niet zelfstandig zijn marktgedrag bepaalt, maar volledig afhankelijk is van zijn opdrachtgever, doordat hij geen van de uit de werkzaamheid van deze laatste voortvloeiende financiële en commerciële risico's draagt en werkzaam is als in de onderneming van bedoelde opdrachtgever opgenomen medewerker (overweging 33). Van belang is daarom of de werkende onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, hij niet deelt in de commerciële risico's van die werkgever en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt (overweging 36). De kwalificatie als zelfstandige naar nationaal recht sluit, aldus het Hof, niet uit dat een persoon moet worden aangemerkt als werknemer in de zin van het Unierecht, indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is en dus een echte arbeidsverhouding verhuult (overweging 35). Als iemand als werknemer in de zin van het Unierecht wordt aangemerkt zijn de mededingingsbepalingen niet van toepassing.

Het Hof hanteert dus met name het criterium of de werkende in de organisatie van de werkgever past voor wat betreft de bepaling van het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken om hem als schijnzelfstandige te beschouwen. Deze criteria zijn ruimer dan de Nederlandse, die toetsen of de werkenden zich kunnen laten vervangen en of er een gezagsrelatie is met de werkgever.

Het criterium van het Hof is zeker van belang. Terwijl de concertreplaçanten voor het stellen van de prejudiciële vragen als zelfstandigen en ondernemers beschouwd werden door het Hof 's-Gravenhage en ook Advocaat-Generaal Wahl dat deed, oordeelde het Hof Den Haag na het arrest van het Hof van Justitie dat concertreplaçanten schijnzelfstandigen zijn voor het mededingingsrecht, omdat zij zich aan voorschriften van plaats, tijd en inhoud moeten houden.⁷ Dat zij zich eventueel mogen laten vervangen is dus niet relevant. Wel blijven zij zelfstandigen naar Nederlands recht, zodat zij voor werkgevers goedkoper kunnen blijven dan werknemers, omdat bijvoorbeeld het ontslagrecht en bepalingen omtrent loondoorbetaling als er geen werk is of bij ziekte niet gelden.

Conclusie is dat voor echte zelfstandigen cao-partijen geen afspraken mogen maken over hun beloning en voorwaarden. Voor schijnzelfstandigen kan dat wel. Er wordt echter nog weinig gebruik van gemaakt.

Het is wel mogelijk dat in een wettelijke regeling bepaalde minimumvoorwaarden voor zzp'ers worden vastgelegd. Voorwaarde daarvoor is dat de overheid zélf niet indirect strijd mag handelen met het mededingingsrecht door verboden ondernemersafspraken te bevorderen, te faciliteren of goed te keuren, en dat op basis van het nationale recht vrijgestelde afspraken tussen zzp'ers nog wel in strijd kunnen komen met het Europese kartelverbod (Gerbrandy & Kreijger 2016). Dit criterium

6. Zaak C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411.

7. Hof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305.

biedt daarom veel onzekerheid en de kans dat er gebruik van wordt gemaakt is niet erg groot.

Ontslag

De opdrachtgever kan te allen tijde de overeenkomst opzeggen. De positie van de opdrachtnemer is meer beperkt: de opdrachtnemer die de overeenkomst is aangegaan in de uitoefening van een beroep of bedrijf kan, behoudens gewichtige redenen, de overeenkomst slechts opzeggen, indien zij voor onbepaalde duur geldt en niet door volbrenging eindigt. Een natuurlijk persoon die een opdracht heeft verstrekt anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf is ter zake van een opzegging geen schadevergoeding verschuldigd.

De rechter kan in individuele gevallen bepalen dat toch een opzeggingstermijn moet worden aangehouden. Zo bepaalde de rechter dat opzegging dient plaats te vinden met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid. Deze eisen kunnen meebrengen dat het opzeggen van de overeenkomst slechts kan geschieden met inachtneming van een redelijke termijn, en slechts op basis van een zwaarwegende grond of met het aanbieden van een redelijke schadevergoeding. Daarbij dienen alle omstandigheden van het geval te worden betrokken.⁸ In een andere zaak bepaalde de rechter dat indien niets geregeld is in de overeenkomst, de opdrachtgever niet alleen een redelijke opzegtermijn moet hanteren, maar ook een geldige reden moet hebben voor het opzeggen van de overeenkomst.⁹

Ofschoon de rechter op deze manier wel bescherming biedt, is moeilijk voorspelbaar wat deze in een bepaald geval gaat inhouden. Bovendien kan veel van deze bescherming bij het aangaan van de overeenkomst weg gecontracteerd worden.

Voortijdige beëindiging

Een opdracht kan eindigen voordat ze voltooid is, bijvoorbeeld omdat de opdrachtgever geen geld meer heeft of ontevreden is. De wet regelt dat als bij voortijdige beëindiging de vraag of loon verschuldigd is afhankelijk is of die tijd volbracht of verstreken is, de opdrachtnemer recht heeft op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon (art. 7: 411 BW). In dit geval heeft de opdrachtnemer slechts recht op het volle loon indien het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever toe te rekenen is en de betaling van het volle loon, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk is. Daarmee is een zekere bescherming gegeven aan de opdrachtnemer, aangezien anders gesteld zou kunnen worden dat als de opdracht niet afgerond is, niets verschuldigd is.

Van deze regels kan bij overeenkomst worden afgeweken, behalve ten nadele van de (particuliere) opdrachtgever; het kan dus wel ten nadele van de opdrachtnemer. *No cure, no pay* is dus ook mogelijk. Of de rechter deze afwijking ten nadele in bepaalde gevallen corrigeert, is niet in het algemeen te zeggen. Er is daardoor sprake van onzekerheid.

Conclusies en aanbevelingen

Bij de opdrachtovereenkomst hoort meer vrijheid dan bij de arbeidsovereenkomst. De wet bevat daarom veel minder bepalingen over de opdrachtovereenkomst dan

8. Rechtbank Amsterdam 30 januari 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD7579, JAR 2008/252.

9. HR 3 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3821, JOR 2000/44, RvdW 1999, 192, NJ 2000, 120.

over de arbeidsovereenkomst en geeft veel meer mogelijkheden om af te wijken van de wettelijke bepalingen. Deze opzet lijkt niet goed toegesneden op de positie van de zzp'er, aangezien deze zich in een veel afhankelijker positie ten opzichte van de opdrachtgever kan bevinden dan traditioneel het geval was bij zelfstandigen, die vooral met particuliere opdrachtgevers te maken hebben. Rechters corrigeren in sommige gevallen de uitkomsten, maar het hangt sterk af van de omstandigheden van het geval of dit gebeurt. Afgezien van deze rechtsonzekerheid is een gang naar de rechter nogal bezwarend.

Uit voorgaande blijkt dat de mogelijkheden voor regelingen met afspraken over minimumtarieven zeer beperkt zijn en zzp'ers zelf blijken van de schaarse mogelijkheden die er wel zijn maar weinig gebruik te maken.

Regelingen zullen zich daarom moeten beperken tot evidente gevallen van schijnzelfstandigen, zoals bij de concertremplaçanten, aangezien deze zelf weinig tot geen onderhandelingsmacht hebben om voor hun belangen op te komen en omdat ze de positie van werknemers door concurrentievervalsing aanzienlijk kunnen ondergraven. Zzp'ers worden regelmatig ingezet in de organisatie van de opdrachtgever (bouwplaatsen, zorg, taxivervoer, etc.), dus in een aanzienlijk aantal cao's zouden regelingen voor hen kunnen worden opgenomen. Het initiatief ligt hiertoe bij de sociale partners. De mogelijkheid om cao-afspraken te maken geldt niet voor zzp'ers die niet in de organisatie van de opdrachtgever meedraaien, de 'solitaire zzp'ers', dus deze mogelijkheid biedt zeker geen soelaas voor alle zzp'ers in een precaire situatie.

Zzp'ers zouden wel zelf kunnen onderzoeken of voor hun beroepsgroep afspraken gewenst zijn en mogelijk met toepassing van de bagatelbepaling. Indien die behoefte er niet is, heeft een regeling weinig zin en is deze ook niet gewenst.

De terughoudendheid om te komen tot een regeling over tarieven en eventuele andere voorwaarden volgt uit de specifieke positie van zzp'er als ondernemer, waarbij eerlijke mededinging en consumentenbelang belangrijke uitgangspunten zijn. Er zijn echter geen principiële bezwaren ontleend aan hun marktpositie tegen verbetering van de wettelijke regeling van de rechtspositie van opdrachtnemers in het BW. Immers, de vrijheid om een opdracht aan te gaan en de voorwaarden en beloning ervan te bepalen blijven intact, maar het gaat om het versterken van de positie van de opdrachtnemer ten opzichte van de opdrachtgever. Deze versterking zou in kunnen houden dat bepalingen omtrent de redelijke beloning en vergoeding bij tussentijdse eindiging van een duurcontract niet weg gecontracteerd mogen worden. Ook zou een geldige reden voor voortijdige beëindiging van de opdracht vereist moeten zijn, waarbij nader gedefinieerd wordt aan welke criteria zo'n geldige reden moet voldoen (bijvoorbeeld: onvoldoende middelen bij de opdrachtgever, onvoldoende kwaliteit van het werk door de opdrachtnemer, maar geen reden is: goedkoper aanbod van een andere partij). Verder zou ook een regeling voor de opzegperiode moeten komen, die het de zzp'er mogelijk maakt werk te zoeken tijdens de opzegperiode waardoor het risico op het niet hebben van werk kleiner wordt. Als opzegperiode zou voor een duurovereenkomst een periode van twee maanden kunnen worden aangehouden, tenzij dat gelet op de duur van de werkzaamheden tot dusver en/of de reden van beëindiging disproportioneel is. Ook zou geregeld moeten zijn dat bij tussentijdse beëindiging door de opdrachtgever het loon naar evenredigheid van de verrichte diensten of de duur van de werkzaamhe-

den wordt betaald, waarvan alleen afgeweken kan worden als dat disproportioneel is gelet op de reden van beëindiging.

Ten slotte is ook het laat betalen van rekeningen een groot probleem voor de zzp'er. Geregeld zou kunnen worden dat rekeningen over verrichte werkzaamheden betaald worden binnen vier weken, en dat daarna de wettelijke rente per dag betaald moet worden.

Met deze bepalingen is er meer inkomensbescherming bij het einde van de opdracht. Hoewel werkloosheid hiermee niet voorkomen kan worden, is er meer ruimte om te zoeken naar alternatieven.

Het dient natuurlijk wel duidelijk te zijn voor welke overeenkomsten zo'n aparte regeling zou gelden. De regeling zou moeten gelden voor situaties waarin de opdrachtgever en de opdrachtnemer beide handelen in bedrijf en beroep, waarbij de opdrachtnemer geen personeel in dienst heeft.

5.3 De afbakening van zzp'ers en werknemers voor premie- en loonheffing

Het dilemma van bevorderen rechtszekerheid en voorkomen van schijnconstructies

In de vorige paragraaf was de vraag aan de orde of voor zelfstandigen afspraken in cao's gemaakt kunnen worden. Daarvoor is de afbakening tussen werknemers en schijnzelfstandigen in het licht van EU-recht van belang. Deze kwestie staat los van de vraag hoe in het nationaal recht werknemers en zelfstandigen worden onderscheiden voor het arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en fiscaal recht. Daarbij kan het soms de opdrachtnemer zijn die zich op gegeven moment erop beroept dat hij werknemer is, bijvoorbeeld als zijn opdrachtovereenkomst beëindigd wordt of als hij een beroep wil doen op een werknemersverzekering.

De meeste discussies gaan echter over de vraag wanneer iemand door de Belastingdienst als zelfstandige of werknemer aangemerkt wordt met het oog op premie- of belastingheffing.

De term zzp'er heeft geen juridische betekenis en kan betrekking hebben op verschillende categorieën werkenden. Vandaar dat over deze categorie zoveel discussie mogelijk is. Over de afbakening van zzp'ers ten opzichte van werknemers is de afgelopen jaren veel geschreven (bijv. Westerveld 2011, Boot 2012 & 2016). Voor het doel van dit hoofdstuk is het niet nodig om alle aspecten van dit probleem hier uitgebreid te behandelen, maar het gaat hier enkel om de afbakening. Deze afbakening is van belang omdat een werknemer onderworpen is aan premie- en loonheffing, en daarmee bij dezelfde beloning als een zzp'er een aanmerkelijk lager netto-inkomen heeft.

Het verschil in premies kan het aantrekkelijk maken voor werkenden om als zzp'er aan de slag gaan, ook als ze in dezelfde positie als werknemers verkeren. Omdat de verzekeringskassen door de keuze voor zzp-schap premies mislopen, bestaat het risico dat het draagvlak voor de werknemersverzekeringen ondermijnd wordt. Een ander risico is de mogelijk ongelijke concurrentiepositie tussen ondernemers die wel of niet van zzp'ers in plaats van werknemers gebruikmaken. Een derde risico is dat door schijnconstructies afhankelijke werkenden sociale bescherming onthouden wordt waar die wel voor werknemers nodig wordt geacht.

Voor de afbakening tussen werknemers en zelfstandigen zijn primair de criteria voor de arbeidsovereenkomst van belang: is er een gezagsrelatie, moet persoonlijk arbeid worden verricht (mag men zich laten vervangen?) en wordt er loon betaald? Deze criteria zijn niet erg scherp; bovendien kunnen er variaties zijn bij de beoordeling ervan naargelang de aard van het werk (Interdepartementale werkgroep 2017). Zo is er aan de bovenkant van de arbeidsmarkt, bijv. bij een chirurg in loondienst, geen gezagsrelatie in de zin van instructies door een leidinggevende over het uitvoeren van operaties, maar dient de chirurg-werknemer zich wel te houden aan bijvoorbeeld werkrooster, veiligheids- en reinheidsvoorschriften en huisvoorschriften. Een als zelfstandige werkende chirurg heeft echter met dezelfde voorschriften te maken. Een dergelijk probleem bij de beoordeling van de gezagsrelatie vindt men ook bij o.a. onderwijsgevend, financiële dienstverleners en ICT-specialisten. Ook het vervangingscriterium is problematisch in de hogere segmenten van de arbeidsmarkt: ook zelfstandigen zijn vaak verplicht het werk zelf uit te voeren en mogen zich niet laten vervangen. De opdrachtgever wil immers zeker weten dat de afgesproken kwaliteit geleverd wordt.¹⁰

In lagere segmenten van de arbeidsmarkt zal het voor de opdrachtgever veel minder problematisch zijn als een opdrachtnemer zich laat vervangen; een timmerman die zich laat vervangen weet wel welke collega vergelijkbaar werk kan leveren. Het vervangingscriterium weegt minder zwaar; wel weegt bij dit type werk de gezagsrelatie zwaarder, aangezien precieze instructies gegeven worden over hoe het werk gedaan wordt. De criteria kunnen dus niet al te scherp in het algemeen worden toegepast.

Als de criteria voor de arbeidsovereenkomst tot uitgangspunt worden genomen om zzp'ers en werknemers van elkaar te onderscheiden, kan pas achteraf definitief worden vastgesteld of aan de criteria voldaan is. Dat hangt samen met de vaagheid van de criteria, waardoor de wijze waarop daadwerkelijk vormgegeven wordt aan de arbeidsrelatie bepalend is of aan de criteria voldaan is. Bovendien moet worden meegewogen wat partijen beoogd hebben met betrekking tot de arbeidsrelatie.

Personen zonder arbeidsovereenkomst kunnen overigens op basis van wettelijke bepalingen met werknemers gelijkgesteld zijn, indien ze geen zelfstandigen zijn (dat wil met name zeggen dat ze geen ondernemersrisico lopen en geen eigen productiemiddelen hebben), zie artikel 4 en 5 van de werknemersverzekeringen. Dit alles betekent dat opdrachtnemers en hun opdrachtgevers op gegeven moment kunnen worden geconfronteerd met een aanslag voor de werknemerspremies als de Belastingdienst hen niet als zelfstandigen beschouwt. Als aldus pas achteraf wordt vastgesteld dat er sprake is van verzekeringsplicht, bestaat derhalve rechtsonzekerheid.

Hier is een dilemma. Naarmate immers criteria scherper worden geformuleerd, wordt de rechtsonzekerheid geringer. Door de Commissie-Boot (2016) en de Interdepartementale werkgroep (2017) worden als voorbeeld van scherpe criteria genoemd: personen die minder dan vijf uur per week werken hebben geen arbeidsovereenkomst (of: zijn niet verplicht verzekerd), alle postbestellers werken op basis

10. Uit onderzoek van Research voor Beleid volgt dat 63% van de opdrachtnemers zich niet door een willekeurig ander persoon mogen laten vervangen en 56% is verplicht aanwijzingen van hun opdrachtgever op te volgen, zie Bouma & Frouws 2011, p. 42).

van een arbeidsovereenkomst, of iedereen die zich formeel mag laten vervangen werkt niet op arbeidsovereenkomst.

Dergelijke criteria kunnen echter tot strategisch gedrag leiden (Interdepartementale werkgroep 2017): opdrachtgever en -nemer kunnen een bepaalde relatie zo inrichten dat aan de genoemde voorwaarden wordt voldaan. Anderen, die net niet aan deze voorwaarden voldoen, zullen de criteria ter discussie stellen. De criteria kunnen voorts ook categorieën uitsluiten van werknemersbescherming waarvan juist wenselijk geacht wordt dat ze wél beschermd zijn. En ze kunnen ook arbeidsrelaties insluiten waar dat voor betrokkenen erg bezwaarlijk is en de opdrachtnemers buiten opdrachten gaan vallen.

Deze criteria kunnen vooraf zekerheid geven over de kwalificatie van de arbeidsrelatie of niet. Als het onwenselijk wordt geacht dergelijke criteria vooraf te geven, dan kan pas na een bepaalde periode vastgesteld worden of er sprake is van werknemer of niet. Als voor die benadering gekozen wordt, bestaat de mogelijkheid om met terugwerkende kracht premie te heffen of slechts voor de toekomst. Deze verschillende benaderingen zijn te zien in de recente geschiedenis, zoals we hierna zullen zien.

Van onzekerheid tot VAR, weer terug naar DBA, en nu?

Toen in de jaren negentig van de vorige eeuw steeds meer variëteiten ontstonden in ondernemersvormen, waardoor er aanzienlijke rechtsonzekerheid bestond voor opdrachtgevers en -nemers over de vraag of werknemerspremies verschuldigd waren,¹¹ koos de regering voor een radicale oplossing, die vooral rechtszekerheid bood. Politieke overwegingen om deregulering en bevordering van ondernemerschap te bevorderen gaven hierbij de doorslag.

Om de bedoelde rechtszekerheid te bereiken werd de zgn. Verklaring arbeidsrelatie winst uit onderneming (VAR-wuo) ingevoerd. Deze verklaring hield in dat de werkende zelf over zijn of haar omstandigheden een verklaring moest invullen. Een niet-vastgelegd, maar vaak gehoord criterium was dat met name van belang was dat men ten minste drie opdrachtgevers per jaar moest hebben voor een VAR-wuo. Natuurlijk wisten de meeste startende ondernemers niet hoeveel opdrachtgevers ze zouden krijgen, dus de invulling van de gegevens was vaak speculatief en vooral gericht op het verkrijgen van de verklaring. In 2004 werd de wet zo gewijzigd dat de opdrachtgever geheel gevrijwaard werd voor een aanslag voor werknemerspremies bij een opdrachtnemer die een VAR-wuo had. Maximale rechtszekerheid voor de opdrachtgever dus. Het risico dat alsnog een heffing werd opgelegd kwam daarmee alleen bij de opdrachtnemer te liggen.

In de praktijk was het erg gemakkelijk om een VAR-wuo te verkrijgen, aangezien de opdrachtnemer de VAR-aanvraag zelf invulde, zonder betrokkenheid van de opdrachtgevers, en hij kon weten wat de 'juiste' antwoorden zijn om de verklaring te krijgen (Westerveld 2011, p. 12; Boot 2012, p. 12). Daarmee rees de verdenking dat de verklaring in een aanzienlijk aantal gevallen afgegeven werd waarin in feite sprake was van een arbeidsovereenkomst.

Toen de strijd tegen schijnconstructies hoog op de agenda kwam te staan werd dit niet langer wenselijk geacht en de VAR werd in juli 2016 afgeschaft. De Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (DBA, *Kamerstukken II*, 2014/15, 34.036, nr. 11,

11. *Kamerstukken II* 2000/01, 27.686, nr. 3.

Stb. 2016, 45) kwam ervoor in de plaats. Deze wet introduceerde de mogelijkheid dat een zzp'er gebruik kan maken van een door de Belastingdienst goedgekeurde overeenkomst voor een bepaalde sector zoals het onderwijs, de 'modelovereenkomst', of dat hij of zij een individuele overeenkomst ter goedkeuring aan de Belastingdienst voorlegt. Als men die hanteert en ernaar handelt dan is men zzp'er. Voor de goede orde: het is niet verplicht om hier gebruik van te maken, de overeenkomsten bieden alleen meer zekerheid.

In plaats van algemene criteria, zoals bij de VAR, wordt derhalve gebruikgemaakt van een overeenkomst die het mogelijk maakt alle relevante specifieke aspecten van de arbeidsrelatie te beschrijven, zodat duidelijker is of aan de voorwaarden van zelfstandigheid voldaan is dan wanneer algemene criteria gelden.

Omdat de Belastingdienst echter veel van de individuele overeenkomsten afwees, waardoor veel werkenden niet meer als zzp'er aan de slag konden (opdrachtgevers vonden het risico te groot) ontstond groot tumult. De Staatsecretaris van Financiën stelde uiteindelijk een moratorium op de handhaving van de wet tot 1 januari 2018 in. Alleen nog zgn. evident kwaadwillenden worden geconfronteerd met een naheffing als niet aan de criteria voor zelfstandigheid voldaan is. Kortom: nog steeds vage criteria, zwakke handhaving, maar wel zekerheid vooraf.

Hoe verder?

Het voorgaande heeft duidelijk gemaakt welk dilemma er is bij het afbakenen van werknemers van zzp'ers. Aan de ene kant staat de rechtszekerheid, die met zich meebrengt dat vooraf duidelijkheid bestaat of iemand zzp'er is of niet. De andere kant is de maatschappelijke wenselijkheid om schijnconstructies tegen te gaan, het draagvlak voor de werknemersverzekeringen te behouden en oneerlijke concurrentie te voorkomen. Bij het formuleren van bepaalde criteria bestaat steeds het risico van strategisch gedrag dat het maatschappelijk belang ondermijnt. Vandaar dat het op zich wenselijk is om achteraf pas vast te stellen of er sprake is van een echte zelfstandige. Dat levert echter weer problemen op met de rechtszekerheid. De vraag zal wel bij menigeen opkomen of de benadering van het Hof van Justitie (par. 5.2) niet een optie is om onderscheid te maken tussen werknemers en schijnzelfstandigen. Deze definitie is echter in sommige opzichten te beperkt, aangezien het goed kan zijn dat iemand die niet in een organisatie van de opdrachtgever past, toch te weinig zelfstandig ondernemer is om als zelfstandige aangemerkt te worden (hij of zij is bijvoorbeeld te veel afhankelijk van een opdrachtgever en beschikt niet over noemenswaardige eigen productiemiddelen).

Het systeem van (model)overeenkomsten lijkt daarom geschikter om de gewenste zekerheid te verschaffen, omdat het preciezer dan algemene criteria de toekomstige situatie kan beschrijven. Belangrijke vraag is of het nodig en mogelijk is om de (individuele) overeenkomsten minder streng te beoordelen dan tot dusver gebeurde, of dat betrokkenen hun overeenkomsten kunnen aanpassen zodat ze voldoen aan de criteria van de Belastingdienst.

De Interdepartementale werkgroep heeft een tiental scenario's ontwikkeld die hierbij gevolgd kunnen worden (Interdepartementale werkgroep 2017). Een belangrijke vraag hierbij is of de problematiek (anders dan door te draaien aan de knoppen van de criteria voor arbeidsovereenkomst of aan die van de rechtszekerheid) ook

kan worden benaderd door de tegenstelling werknemer/zzp'er minder scherp te maken. Dit zou meer (ook formele) ruimte bieden voor personen die weliswaar niet echt zelfstandig zijn, maar die dit wel graag willen zijn, om niet onderworpen te zijn aan werknemersverzekeringen. Die benadering stelt derhalve de vraag aan de orde welke bescherming er gewenst is voor zzp'ers, de twijfelgevallen en de werknemers. Hierover gaat de volgende paragraaf.

5.4 Verschillen tussen zzp'ers met het oog op sociale bescherming

Met de term zzp'er kunnen verschillende groepen worden aangeduid. Voor de discussie over sociale bescherming zijn de volgende het meest relevant om te onderscheiden:

1. De eerste categorie betreft personen die op kleinschalige basis zelfstandige arbeid verrichten en daar een laag inkomen uit ontvangen, zeg 10.000 euro per jaar of minder. Deze arbeid wordt vaak verricht naast werkzaamheden als werknemer (men zou hen 'hybride ondernemers' kunnen noemen) of naast een VUT-uitkering of pensioen.¹² Er zijn ook zzp'ers zonder andere werkzaamheden; ze hebben enkel lage inkomsten uit zzp-activiteiten. De fiscale voordelen van het ondernemerschap spelen (waarschijnlijk) een grote rol om zzp'er te worden en te blijven; door fiscale tegemoetkomingen en aftrekposten vinden deze werkenden het inkomen netto voldoende om het zzp-schap voort te zetten.
2. De tweede categorie is die van personen die het onderwerp waren van de vorige paragraaf, bij wie het onzeker is of zij voldoen aan de criteria voor zelfstandig ondernemerschap. Hun situatie en werkzaamheden verschillen weinig van die van werknemers.
3. De derde categorie betreft mensen die voor meerdere opdrachtgevers werken, echt zelfstandig zijn en daar een inkomen aan ontleen waar ze van kunnen leven en dat ze kunnen investeren in hun onderneming.

Hiermee zijn de drie hoofdcategorieën aangeduid. De derde categorie kan men de echte zzp'ers noemen, in die zin dat ze zelfstandig ondernemer zijn. Het onderscheid tussen de categorieën is wel fluïde en ook binnen de categorie van de echte zzp'ers zijn er grote verschillen in omzet en inkomen.

In de discussie over een eventuele sociale bescherming van zzp'ers wordt meestal niet voor de eerste categorie voorgesteld om speciale regelingen te treffen. Het gaat weliswaar om mensen met lage inkomsten, maar er zijn grote variaties in welke inkomsten of inkomensbronnen ze naast hun zzp-schap hebben.¹³

De tweede categorie betreft personen bij wie twijfel bestaat of het wel echte zelfstandigen zijn, bijvoorbeeld omdat ze maar weinig opdrachtgevers hebben, soms alleen de oud-werkgever. Deze werkenden hebben echter formeel meer vrijheid

12. SER 2010, p. 191 vermeldt dat 43% van de zzp'ers een winst heeft van lager dan 10.000 euro. Van de zzp'ers heeft 16% een winst van tussen 10.000 en 20.000 euro. Tweederde van de hybride ondernemers heeft meer dan 10.000 euro inkomsten uit andere bronnen dan werkzaamheden dan als ondernemer. Van de zzp'ers heeft 10% een jaarwinst van ten minste tweemaal modaal.

13. Bovendien is er geen reden voor de overheid om niet-levensvatbare ondernemingen te steunen. In deze benadering past het standpunt dat de fiscale ondernemersvoordelen zo moeten worden aangepast, dat ze niet langer doorslaggevend zijn om ondernemer te worden.

dan werknemers (ze mogen zich laten vervangen en hebben vaak meer vrijheid om te bepalen of ze een opdracht aannemen en om hun werktijden te kiezen). We hebben deze categorie in paragraaf 5.3 behandeld. Hier moet nog aan toegevoegd worden dat deze categorie in die zin erg divers is dat sommigen, met name hoger opgeleiden, sterk hechten aan de vrijheid die het ondernemerschap met zich meebrengt. Ze ervaren een arbeidsovereenkomst als knellend, omdat ze minder zeggenschap hebben over hun werk. Vanuit deze groep bestaat aanzienlijke druk om de eisen aan zelfstandig ondernemerschap minder strikt toe te passen, zodat zij ongestoord zzp'er kunnen blijven. Ook in de horeca, waar veel jongeren, onder wie studenten, werken, hebben werknemers vaak behoefte aan flexibiliteit. Er zijn echter ook arbeidskrachten, met name in het lagere segment, die eigenlijk liever werknemer zouden zijn (zie ook Interdepartementale werkgroep 2017). Kortom, ruime variatie.

De derde categorie betreft de echte zelfstandigen. Ook hier bestaan belangrijke verschillen in omzet en in omvang van de werkzaamheden. Zo zijn er zelfstandigen met een bescheiden omzet, die nogal kwetsbaar zijn als risico's intreden en die weinig reserves kunnen aanleggen; er zijn ook zelfstandigen met een hoge omzet, die ingrepen in hun positie (zoals een collectieve verzekering) sterk afwijzen.

Gelet op deze verschillende invalshoeken worden hierna de verschillende risico's besproken vanuit de vraag of een beschermingsregeling nodig en mogelijk is.

5.5 Sociale risico's

Enige cijfers

De discussie over de sociale bescherming van zzp'ers betreft met name de tweede en de derde categorie. Maar deze bestaat, als gezegd, uit verschillende groepen. De aandacht gaat vooral naar de afhankelijke zzp'er die bij tegenslag in ernstige problemen komt. Als karakteristiek wordt hier genoemd: hij heeft slechts één opdrachtgever, was eerder in loondienst bij één werkgever, heeft geen vrije keus gemaakt om zelfstandige te worden en heeft een voorkeur voor een arbeidsovereenkomst (Bouma & Frouws 2011, p. 55). Uit het onderzoek van het laatst aangehaalde werk blijkt dat bij 45% van de onderzochten ten minste één risicofactor aanwezig is. Het gaat dus om een groot aandeel van economisch afhankelijke personen die kwetsbaar zijn bij tegenslag en weinig mogelijkheden hebben om zelf risico's te dragen. Deze personen zullen zich vooral in de tweede categorie bevinden; ook in de derde categorie kunnen zich zzp'ers bevinden met een laag inkomen, die kwetsbaar zijn bij tegenslag, zoals ziekte.

Zelfstandigen zullen het bij gebrek aan sociale regelingen primair moeten hebben van eigen vermogen. Uit het IBO-rapport over zzp'ers (IBO 2015) blijkt dat het mediaan inkomen van zelfstandigen aanmerkelijk lager ligt dan dat van werknemers, al zijn de verschillen kleiner als ook de fiscale regels en het inkomen van partners wordt meegerekend. Het vermogen van huishoudens van zzp'ers is met ongeveer 103.000 euro echter drie keer zo hoog als het mediaan vermogen van huishoudens van werknemers (34.000 euro) (IBO 2015, p. 15). Een kwart van de zzp'ers heeft overigens niet of nauwelijks vermogen opgebouwd. Het vermogen is voor een belangrijk deel illiquide (zoals in huis of onderneming).

Het IBO berekende dat van de door haar onderzochte groep actieve zzp'ers die hun eigen arbeid of diensten aanbieden, ten minste 15 uur per week werken en geen

medeondernemer hebben (circa 400.000 zzp'ers), 25% een pensioen opbouwde ter hoogte van minder dan 50% van het huidige brutojaarinkomen. Een groep van 26% van de zzp'ers zou op basis van de situatie in 2010 uitkomen op een pensioen van tussen de 50 en 70% van het brutojaarinkomen. 49% van de zzp'ers zou uitkomen op een pensioen van meer dan 70% van het huidige brutojaarinkomen (IBO 2015, p. 19, met verwijzing naar Ministerie van SZW 2013).

De aanwezigheid van de vermogens naast de AOW, die een basisvoorziening biedt, kunnen een argument zijn dat het minder noodzakelijk is een verplichte collectieve ouderdomsregeling te treffen voor zzp'ers.

Uit het IBO-rapport blijkt ook dat slechts ruim een derde van de zelfstandigen in het bezit is van een arbeidsongeschiktheidsverzekering en dat de afgelopen jaren de verzekeringsgraad voor arbeidsongeschiktheid van zzp'ers zelfs is gedaald van 35,6% in 2010 naar 33,2% in 2013. Geslacht, leeftijd, werkuren en inkomen zijn factoren die van invloed zijn op de keuze om een arbeidsongeschiktheidsverzekering af te sluiten. Mannen sluiten vaker een verzekering af dan vrouwen.

Van de zzp'ers heeft 74% een financiële reserve opgebouwd, waarbij 58,2% meldt hiermee een periode van zes maanden of langer te kunnen overbruggen. Voor langdurige arbeidsongeschiktheid is dit echter vaak niet afdoende. De keuze om een verzekering af te sluiten wordt niet altijd volledig rationeel gemaakt, aldus het IBO-rapport (IBO 2015, p. 53).

Mogelijke vormen van sociale bescherming voor zzp'ers

Een betrekkelijk nieuwe vorm betreft broodfondsen voor zzp'ers. Een broodfonds is een onderlinge regeling waarbij leden geld inleggen, dat wordt uitgekeerd in geval van ziekte. Het broodfonds heeft als voordelen, zo wordt door betrokkenen genoemd, de kleinschaligheid, het ontbreken van overheadkosten en bureaucratistische procedures en het gevoel van wederzijds vertrouwen waarop het fonds gebaseerd is. Een broodfond kan zo opgezet zijn dat een lid zelf bepaalt welke ondersteuning het denkt nodig te hebben in geval hij of zij niet kan werken door ziekte; de hoogte van de in te leggen bijdrage en de hoogte van de uitkering zijn daarvan afhankelijk. Vaak geldt een 'wachttijd' van 30 dagen. De maximumduur is 2 jaar. Leden kunnen ook onderling afspreken hoeveel inkomensondersteuning iemand krijgt, bijvoorbeeld 750, 1000 of 1500 euro per maand, en uitgekeerd wordt als iemand zich ziek meldt.

Het broodfonds is daarom vooral nuttig voor een bepaalde, hechte groep mensen, maar kan niet als oplossing voor een grotere groep zzp'ers worden gezien, aangezien het risico en het gebruik van het fonds moeilijk beheersbaar zijn. Dekking bij langdurige arbeidsongeschiktheid zal de mogelijkheden van het fonds zeker te boven gaan.

Het fonds leent zich ook niet voor een ander kortlopend risico, werkloosheid, aangezien het moeilijk is om te bepalen of leden 'terecht' werkloos zijn en of hun bedrijf wel levensvatbaar is. Bovendien is bij een economische crisis het beroep op het fonds al snel te groot om te dragen. In feite bestond dit type voorziening al voor groepen werknemers vóór de invoering van de wettelijke sociale verzekeringen, zowel in Nederland als in andere landen (zie voor een vergelijking van dit type private initiatieven waaruit later wettelijke sociale zekerheid is voortgekomen, Pennings, Erhag & Stendahl 2013), maar die vrijwillige en ongesubsidieerde bescherming bleek niet duurzaam, vandaar dat er een verplichte, wettelijke regeling kwam.

Broodfondsen blijken overigens met name door zzp'ers aan de bovenkant van de arbeidsmarkt, en dan nog vooral degenen boven de veertig, te worden ingezet, zodat ze ook om die reden geen algemene oplossing kunnen vormen.

Een individuele (particuliere) verzekering is een andere mogelijkheid om de risico's van ziekte, arbeidsongeschiktheid en ouderdom te dekken. Probleem met deze verzekeringen is dat ze als kostbaar worden ervaren door zzp'ers, vooral omdat zzp'ers de premies alleen moeten betalen, zonder bijdragen van de opdrachtgever. Een derde mogelijkheid is het afsluiten van een vrijwillige ZW- en WIA-verzekering bij het UWV. Voorwaarde hiervoor is dat betrokkene verplicht verzekerd is geweest voor de ZW en de WIA in het jaar vóór de aanvang van de werkzaamheden als zelfstandige en hiervoor moet een aanvraag worden ingediend binnen een jaar na beëindiging van de verplichte verzekering.¹⁴ Deze optie is dus alleen van belang voor ex-werknemers.

Een vierde vorm betreft speciale collectieve verzekeringen voor zzp'ers. Collectieve verzekeringen zijn vooral geschikt voor risico's waarvan de overheid vindt dat alle betrokkenen eraan mee moeten doen, teneinde te voorkomen dat er mensen zijn die een onvoldoende voorziening hebben als het risico intreedt. Door het collectieve karakter is tevens sprake van risicospreiding, zodat niet alleen de 'slechte risico's' zich aanmelden. Voor een eventuele bijdrage uit publieke middelen is een collectieve verplichte regeling geschikter dan een vrijwillige.

Het is, gelet op het voorgaande nuttig om een onderscheid te maken tussen het risico van arbeidsongeschiktheid en ouderdom.

Het arbeidsongeschiktheidsrisico

Voor zelfstandigen heeft lange tijd een verplichte collectieve verzekering bestaan, in eerste instantie een volksverzekering, namelijk vanaf 1976 de AAW, die voorzag in een uitkering op het bestaansminimum (70% van het brutominimumloon¹⁵) in geval van volledige arbeidsongeschiktheid nadat betrokkene 52 weken ziek was geweest; bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid gold een lager uitkeringspercentage. In 1998 werd de regeling vervangen door de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ), die niet meer voor alle ingezetenen gold, maar alleen voor zelfstandigen. Als argument werd aangevoerd dat zelfstandigen, wanneer het aan henzelf wordt overgelaten zich te verzekeren, van verzekering afzien, vanwege de kosten of omdat ze het eigen risico optimistisch inschatten. Als arbeidsongeschiktheid intreedt zouden de kosten worden afgewend op de bijstandswet (Westerveld 2011, p. 14, *Kamerstukken II* 1995/96, 24.758, nr. 3, p. 13).

Deze benadering werd verlaten in 2004, toen de toegang tot de WAZ beëindigd werd. Vanuit kringen van zelfstandigen werd als bezwaar tegen de WAZ aangevoerd dat het premiepercentage hoog was in vergelijking met de uitkering die ze kregen in geval van arbeidsongeschiktheid; menig zelfstandige had daarom een aanvullende particuliere verzekering aangeschaft, en de optelsom van premies werd als een dure aangelegenheid gezien.¹⁶

Het SER-advies geeft interessante, gedetailleerde informatie over de beschikbare particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (SER 2010, p. 99 e.v.). Voor bij-

14. De WIA-premie voor vrijwillig verzekerden in 2017 is vastgesteld op 6,92%, de WW-premie op 1,55%, de Ziektewetpremie op 9,2%.
15. Respectievelijk van het daadwerkelijk verdiende loon indien lager.
16. Wet einde toegang WAZ, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 497, nr. 3, p. 2. Zie ook Westerveld 2011, p. 25.

voorbeeld een uitkering van 32.000 euro per jaar moet een premie worden betaald van 259 tot 547 euro per maand (SER 2010, p. 109); dit is in de praktijk een percentage van tussen 8 en 17% van het verzekerde inkomen van betrokkene. De premie is overigens wel fiscaal volledig aftrekbaar. Deze premie wordt door zzp'ers vaak te hoog gevonden.

Er is daarom reden om een collectieve maatregelen te nemen. Belangrijk hierbij is dat zzp'ers dit ook zelf onderkennen. Momenteel heeft circa 40% van de zzp'ers een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Een groot deel van de niet-verzekerden geeft echter te kennen wel verzekerd te willen zijn (De Vries & Vroonhof 2010, p. 6.).

De vervolgvraag is of deze collectieve regeling ook verplicht moet zijn. Dat is een politiek heel gevoelige kwestie, en zzp-organisaties spreken zich in het algemeen scherp tegen een dergelijke verplichting uit. Als de mogelijkheid van opting-out bestaat vinden ze een dergelijke regeling wel geschikt.

Gelet op de verschillen tussen zzp'ers is het niet nodig of gewenst om voor allen hetzelfde beleid te voeren.

Voor de hybride zzp'ers met een lage omzet (categorie 1) is geen speciale voorziening nodig, hoe vreemd dat misschien ook klinkt. Men zou denken dat een voorziening nodig is voor juist de allerlaagste inkomens. Deze laagste inkomens hebben echter vaak nog een andere inkomensbron, bijvoorbeeld als werknemer. Bovendien moet voorkomen worden dat mensen om oneigenlijke redenen zelfstandige worden (dus vanwege fiscale voordelen of om verzekerd te zijn voor arbeidsongeschiktheid).

De categorie waar we het hier over hebben zou kunnen worden gedefinieerd in termen van uren werk per week of inkomen per jaar. Denkbaar is het bedrag van het wettelijk minimumloon (in 2017 19.254 euro per jaar; vgl. ook Westerveld 2011, p. 26), aangezien bij inkomstenverliesde bijstandsuitkering hier als vangnet kan dienen. Het bedrag is echter aan de hoge kant in geval van zzp'ers die geen andere inkomensbron naast hun zzp-inkomen hebben. Er valt daarom meer te zeggen voor een lager bedrag, zeg 10.000 euro per jaar.

Voor degenen die meer dan dit bedrag verdienen bestaat een opting-outmogelijkheid van de verplichte regeling. Van belang is dat deze alleen mag bestaan voor degenen die daadwerkelijk een adequate alternatieve regeling hebben. Redenen als dat de verzekering te kostbaar is, of het idee dat men nooit ziek wordt of nonchalant zijn niet voldoende. Voor opting-out is daarom vereist dat men deelneemt aan een regeling die waarborgt dat men een inkomen bij ziekte of arbeidsongeschiktheid heeft dat hoger is dan van de hierna te bespreken wettelijke regeling. Er dienen hiervoor wel kwaliteitseisen te worden vastgelegd voor een dergelijke alternatieve regeling. Laten we het aan de zzp-organisaties zelf overlaten met een eerste voorzet te komen.

De collectieve regeling moet voorzien in een uitkering ter hoogte van 50% van het eerder verdiende inkomen over de laatste drie jaar (tot het maximum dagloon voor werknemers) met als ondergrens het sociale minimum. Deze opzet beoogt de problemen met de WAZ te voorkomen, waarvan de uitkeringshoogte door veel zelfstandigen te laag werd gevonden, om welke reden ze ter aanvulling vaak nog een tweede verzekering moesten sluiten. De hoogte van 50% geeft een minimumnorm voor een adequate regeling, zoals ook uit IAO-verdragen blijkt; hij is aan de lage

kant, maar biedt daarmee ook reële ruimte voor een opting-outmogelijkheid voor hen die meer verdienen.¹⁷

Aangezien de financiering van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen momenteel een probleem is in verband met de hoge kosten, waarbij geen bijdrage bestaat van opdrachtgever of publieke kassen, dient bekeken te worden of een regeling mogelijk is die ruimte biedt voor bijdragen van anderen.

Denkbaar is dat de zzp'ers een opslag aan hun tarief toevoegen voor rekening van opdrachtgevers, aangezien daardoor direct de verschillen in kosten met werknemers veel minder worden. Dit kan echter negatieve effecten hebben, bijvoorbeeld als er een concurrentieverschil is met degenen die niet onder de verzekering vallen.

Een andere benadering is dat opdrachtgevers een bepaald tarief over de 'loonsom' die ze aan opdrachtnemers betalen direct aan de Belastingdienst afdragen ten behoeve van het fonds. Een regeling waarbij dat nu ook al gebeurt is de Duitse *Künstlersozialabgabe* (sociale bijdragen voor artiesten), een heffing op beloning betaald aan kunstenaars door uitgevers en bureaus die het werk van de artiesten verkopen. Deze heffingen worden geoormerkt om de sociale regelingen voor kunstenaars te financieren; ook de artiesten zelf betalen premies.¹⁸

In deze opzet worden de verschillen tussen werknemers en zelfstandigen minder groot, hetgeen de oneigenlijke groei van opdrachtnemers zal verminderen. Deze bijdrage zal wel beperkt moeten zijn tot professionele opdrachtgevers, aangezien voor consumenten een extra belasting waarschijnlijk veel te zwaar zal wegen. De bijdrage van de opdrachtgever is niet noodzakelijk voor het recht op uitkering en bepaalt niet de hoogte van de uitkering. In die zin is het een ware collectieve regeling.

Er valt veel voor te zeggen dat de opdrachtgever ook voor de aan deze opdrachtnemers betaalde gelden het tarief betaalt voor de verplichte verzekering. Daarmee worden de verplichte verzekeringen ondersteund en zijn de opt-outers niet per definitie goedkoper dan de verplicht verzekerden, hetgeen de vitaliteit van de verplichte verzekering ten goede komt. Voor degene die kiest voor opt-out geldt dat hij of zij zelf kan bepalen hoe de kosten voor de regeling worden doorberekend in het tarief aan de opdrachtgever.

Het ouderdomsrisico

De benadering van ouderdomspensioenen verschilt van arbeidsongeschiktheidsregelingen, aangezien voor ouderdom in ieder geval een basisvoorziening in de vorm van de AOW bestaat en bij pensionering vermogen vrijvalt uit de onderneming.

Bedacht dient wel te worden dat de overheid van oordeel is dat alleen een AOW-pensioen voor werknemers erg mager is en dat het gewenst is dat werknemers aanvullende pensioenen opbouwen. Voor zzp'ers betekent dit dat het ook voor hen gewenst is dat ze een aanvullend inkomen opbouwen. Hier is echter veel minder reden dan bij arbeidsongeschiktheid om dat collectief en verplicht te doen.

17. Wellicht is dit lage bedrag wel reden om een benedengrens te leggen waarboven pas opting out mogelijk is, zodat men ten minste wel het bestaansminimum ontvangt.

18. De premie was onderworpen aan een procedure voor het Hof van Justitie (zaak 68/99, ECLI:EU:C:2001:137) met betrekking tot de vraag of deze ook mag worden opgelegd als de kunstenaars vallen onder een ander socialezekerheidsstelsel. Het antwoord was bevestigend.

Per slot van rekening geldt er ook geen algemene aanvullende pensioenplicht voor werknemers.

De verschillen tussen zzp'ers kunnen verschillende vormen van oudedagvoorziening mogelijk en nodig maken. Van belang is wel om na te gaan of een aanvullende regeling voor zzp'ers aantrekkelijker kan worden gemaakt. Dat is wel nodig; 25% van de zelfstandigen zegt geen pensioen op te bouwen, en 40% doet naar eigen zeggen te weinig aan pensioenopbouw (SER 2010, p. 119).

Belangrijk is dat het pakket zo goed mogelijk aansluit bij de individuele situatie en dat het flexibel ingevuld wordt. Een bijkomend probleem is dat de opgebouwde pensioenen die men als werknemer heeft vaak slecht aansluiten bij de regelingen voor zelfstandigen; de als werknemer opgebouwde rechten worden vaak niet geïndexeerd. Bij faillissement van de werkgever en beroep op bijstand is het opgebouwde vermogen vaak onvoldoende beschermd (Wilthagen 2012, p. 29).

Er zijn ook nog wel belangrijke verschillen in fiscale regels met betrekking tot pensioenopbouw voor de verschillende groepen werkenden. Het is de vraag of dat terecht is. Er valt veel voor te zeggen dat de wijze waarop iemand aan het arbeidsproces deelneemt niet bepalend mag zijn voor de fiscale pensioenfaciliteiten. Wilthagen c.s. stellen voor om de gelijke behandeling van de verschillende categorieën werkenden te laten gelden voor zowel de opbouw van het pensioen als de uitkering.

Voor zzp'ers betekent dit dat voor hen een jaarruimte wordt vastgesteld waar ze pensioen over mogen opbouwen. Op deze wijze kunnen ze vaststellen wat hun pensioentekort is en dan kunnen ze dit aanvullen via de bestaande pensioenvoorzieningen. Informatie hierover zou via het Pensioenregister door de Belastingdienst moeten worden verstrekt aan de zzp'er, zodat er eenduidigheid is over de fiscale ruimte (Wilthagen 2012, p. 31).

Inmiddels is er een initiatief van vier zzp-organisaties (Stichting ZZP Nederland, Zelfstandigen Bouw, FNV Zelfstandigen en PZO) en verzekeringsmaatschappijen voor een nieuwe pensioenregeling voor zzp'ers. De belangrijkste kenmerken van het ZZP-Pensioenfonds zijn vrijwillige deelname, een flexibele inleg, geen winst-oogmerk, lage beheerskosten en een individuele rekening van de deelnemers. Individuen kunnen zelf bepalen wanneer de pensioenuitkering moet ingaan en wat de gewenste uitkeringsduur is. De hoogte van de uitkering hangt af van deze keuzes en het opgebouwd vermogen. Als iemand langdurig zonder inkomsten zit door arbeidsongeschiktheid kan men ook een beroep op deze voorziening doen, maar dat gaat derhalve direct ten koste van het latere pensioen. Probleem is nog dat bij beroep op een bijstandsuitkering of bij een faillissement voorkomen moet worden dat het opgebouwde pensioen wordt aangesproken. De Staatssecretarissen van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Financiën hebben toegezegd met een regeling te komen.

Deze regeling kan goed voorzien in een behoefte, afhankelijk van de precieze fiscale regeling en of de knelpunten bij faillissement en bijstand worden opgeheven.

5.6 Het Regeerakkoord van 2017

In het Regeerakkoord *Vertrouwen in de toekomst* wordt op pagina 25 ingegaan op de positie van zzp'ers. Omdat de voorstellen nog niet zijn uitgewerkt, worden ze hier in een aparte paragraaf besproken.

Het akkoord constateert dat van belang is dat werkenden om de juiste redenen kiezen voor het zzp-schap en er niet eigenlijk sprake is van een arbeidsrelatie. De Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties heeft voor de vraag geen helderheid geschapen. Enerzijds is er onrust door ontstaan waardoor te veel echte zelfstandige ondernemers zijn geraakt; anderzijds is er met name aan de 'onderkant' van de arbeidsmarkt nog steeds sprake van schijnzelfstandigheid en concurrentie op arbeidsvoorwaarden. De Wet DBA wordt daarom vervangen. De nieuwe wet moet enerzijds (de inhuurder van) echte zelfstandigen zekerheid bieden dat er geen sprake is van een dienstbetrekking en anderzijds schijnzelfstandigheid (vooral aan de onderkant) voorkomen.

Na deze constatering wordt aangekondigd dat voor zzp'ers wordt bepaald dat altijd sprake is van een arbeidsovereenkomst bij een laag tarief in combinatie met een langere duur van de overeenkomst of een laag tarief in combinatie met het verrichten van reguliere bedrijfsactiviteiten. Wat een laag tarief is, wordt gedefinieerd als corresponderend met loonkosten tot 125% van het wettelijk minimumloon of met de laagste loonschalen in cao's. Er wordt één tarief gekozen om voor de gehele markt de onderkant af te bakenen.

Het akkoord vervolgt dat dit tarief vermoedelijk zal liggen in een bandbreedte tussen de 15 en 18 euro per uur. Een langere duur wordt gedefinieerd als langer dan drie maanden.

Het regeerakkoord kiest dus voor het hanteren van scherpe criteria om onderscheid te maken tussen werknemers en zelfstandigen, een van de methoden beschreven in paragraaf 5.3. Hoe dit precies gaat uitpakken is nog onduidelijk. Helder is dat als een zzp'er een opdracht heeft voor 15 euro per uur voor een bepaalde opdrachtgever, er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Er is dan wel nog veel onduidelijk (bijv. voor onbepaalde of bepaalde tijd?). Wel duidelijk is dat werknemerspremies geheven worden. Zoals we zagen in paragraaf 5.3 wordt er op dit soort criteria sterk geanticipeerd: opdrachtnemers zullen vaak een opdracht krijgen voor 2 maanden en 29 dagen. Of ze krijgen, als het grenstarief 15 euro is, een uurloon van 15,25 euro. Hoe is de situatie overigens als iemand een opdracht krijgt van, zeg, 5000 euro om een boek te schrijven? Wordt dan achteraf het uurtarief vastgesteld op basis van het aantal feitelijk gewerkte uren?

Aan de bovenkant van de markt wordt voor zelfstandig ondernemers een 'opt-out' voor de loonbelasting en de werknemersverzekeringen ingevoerd, indien er sprake is van een hoog tarief in combinatie met een kortere duur van de overeenkomst of een hoog tarief in combinatie met het niet verrichten van reguliere bedrijfsactiviteiten. Bij een 'hoog tarief' denkt het kabinet aan een tarief boven de 75 euro per uur. Een kortere duur wordt gedefinieerd als korter dan een jaar.

In dit voorstel ligt de grens voor opt-out dus behoorlijk hoog, bij een fulltimer is dat zo'n 12.000 euro per maand. Ook hier zijn ontwijkingsmogelijkheden. Een opdracht kan geconcentreerd worden in, zeg, 6 uur per week á 75 uur, terwijl feitelijk niet nagegaan kan worden hoeveel er daadwerkelijk gewerkt wordt.

Volgens het akkoord wordt voor zelfstandigen boven het 'lage' tarief een 'opdrachtgeversverklaring' ingevoerd. Deze geeft opdrachtgevers vooraf duidelijkheid en zekerheid bij de inhuur van zelfstandig ondernemers. Opdrachtgevers krijgen deze verklaring via het invullen van een webmodule, zoals bijvoorbeeld ook in het Verenigd Koninkrijk bestaat. Met deze opdrachtgeversverklaring krijgt een opdrachtgever zekerheid vooraf van vrijwaring van loonbelasting en premies werknemers-

verzekeringen (tenzij de webmodule niet naar waarheid is ingevuld). In de webmodule wordt een aantal duidelijke vragen gesteld aan de opdrachtgever over de aard van de werkzaamheden. Daarbij wordt ten behoeve van de webmodule het onderdeel 'gezagsverhouding' verduidelijkt (bijvoorbeeld dat het enkel moeten bijwonen van een vergadering op zichzelf geen indicatie van gezag is). Tevens zal het kabinet de wet zo aanpassen dat gezagsverhouding voortaan meer getoetst wordt op basis van de materiële in plaats van formele omstandigheden.

We hebben het hier dus over de tussengroep tussen de verplichte werknemers en de opt-outers. Wederom wordt gewerkt met een verklaring, maar dit keer niet van de opdrachtnemer, maar opdrachtgever. Hoe de criteria worden geformuleerd is nog niet helder; de dilemma's geschetst in de vorige paragrafen komen we dan weer tegen.

Het kabinet gaat verkennen of en hoe zelfstandig ondernemerschap via de invoering van een ondernemersovereenkomst een eigen plek zou kunnen krijgen in het Burgerlijk Wetboek. Dit zou de positie van zelfstandig ondernemers kunnen verhelderen en verstevigen.

Dit voorstel sluit aan bij de opmerkingen over de noodzaak tot modernisering van de opdrachtovereenkomst (zie par. 5.2). Dat is zeker toe te juichen.

Het kabinet zal ook bezien hoe bij zelfstandigen de verzekeringsgraad voor arbeidsongeschiktheid kan worden verhoogd. Het kabinet zal in gesprek gaan met de verzekeraars om een beter verzekeringsaanbod te bevorderen.

In dit voorstel is nog onduidelijk hoe dit aanbod wordt verbeterd. Daarmee zijn een aantal problemen die hierboven zijn gesignaleerd nog niet opgelost. Het voorstel voor de arbeidsongeschiktheidsverzekering uit paragraaf 5.4 voor de tussencategorie tussen werknemers en opt-out'ers heeft daarom zijn waarde behouden.

5.7 Conclusies

De afbakening tussen zzp'ers en werknemers is een actueel vraagstuk. De vrijheid om het eigen werk in te delen en het hogere netto-inkomen vormen belangrijke redenen voor de groei van het aantal zzp'ers. We hebben echter gezien dat de wens om oneerlijke concurrentie tegen te gaan tussen opdrachtgevers die gebruikmaken van resp. zzp'ers en werknemers en het tegengaan van uitholling van werknemersverzekeringen belangrijke factoren zijn in de afbakeningsdiscussie.

Die factoren hebben ertoe geleid om te kijken op welke terreinen de sociale bescherming van zzp'ers ontoereikend is en juist op dat terrein verplichtingen op te leggen en bijdragen van opdrachtgevers te verlangen die de verschillen met werknemers minder groot maken. Daarbij zijn werknemers en zelfstandigen nog zeker niet gelijkgetrokken, aangezien er voor pensioenen en werkloosheid geen collectieve regeling wordt voorgesteld.

Hoe de tarieven precies zullen worden vastgesteld en welke herverdeling daardoor plaatsvindt is moeilijk vast te stellen. Hypothese is echter dat met een adequate arbeidsongeschiktheidsregeling en de mogelijkheid aan te sluiten bij een pensioenregeling de verschillen tussen werknemers en zzp'ers minder problematisch zijn, waardoor ook de afbakeningsproblematiek minder urgent wordt. Een model- of individuele overeenkomst kan daardoor eerder goedgekeurd worden. Denkbaar is zelfs dat daar in duurovereenkomsten ook bepalingen over de bijdragen aan de sociale bescherming (zoals ouderdom) worden opgenomen. Voor zzp'ers blijven

dan de grotere vrijheid dan die van werknemers en voor werkgevers de geringere verplichtingen als voordelen bestaan.

Werkloosheid is een onderdeel dat niet als onderwerp van een collectieve regeling wordt voorgesteld. In plaats daarvan kunnen elementen die de onzekerheid op korte termijn verminderen (beperkingen aan voortijdige opzegging, tegen te late betaling, over redelijke vergoeding) het economisch risico enigszins verminderen. En verder geldt, eigenlijk net zoals steeds meer bij werknemers, dat van werk naar werk uitgangspunt moet zijn.

