

## Zzp troubles

### Ondernemingsrecht 2019/132

Corporate Nederland werd deze zomer weer herinnerd aan het feit dat zzp'ers een onrustig bezit zijn. Een zzp-leverancier ('broker') van ING dreigde om te vallen. Hierdoor kreeg ING te maken met 850 klagende zzp'ers die niet betaald hadden gekregen. Menigeen zag hierin een zoveelste bewijs dat er snel een einde moet komen aan het juridisch vacuüm waarin de zzp'er sinds het mislukken van de Wet DBA verkeert. Deze zomer bleek ook dat daaraan hard wordt gewerkt. De ACM publiceerde een concept beleidskader dat toestaat om collectieve afspraken met en tussen "zij-aan-zij werkende" zzp'ers te maken. Het kabinet kwam met plannen voor "de onderkant" (minder dan bijstand) en "de bovenkant" (2,5 x modaal) van de zzp-populatie.<sup>1</sup>

Eerst een opmerking over de zzp'ers die tussen onder- en bovenkant inzitten: zij gaan straks aan de hand van een nog te ontwikkelen webmodule met nog onbekende, aangescherpte criteria getoetst worden op de vraag of ze een dienstbetrekking hebben. Het is de vraag of dat tot uitlegbare, rechtvaardige en aanvaardbare resultaten leidt. Alleen al dat laatste zal heel wat voeten in de aarde hebben, want de meeste zzp'ers in die groep zitten er vermoedelijk niet op te wachten om weer in het keurslijf van de arbeidsovereenkomst te worden geperst. En bedrijven zullen met een broker willen blijven werken als er risico's op herkwalificatie zijn.

Dan "de onderkant". Volgens het Regeerakkoord zou iedere zzp'er met een tarief onder de € 15/18 automatisch kwalificeren als werknemer. Omdat dit vermoedelijk in strijd is met het Europees recht, heeft het kabinet dat plan inmiddels verlaten. In plaats van een arbeidsovereenkomst, krijgt deze zelfstandige het recht op een minimumtarief van € 16. De rechtvaardiging hiervoor is dat 8,6% van de zzp-huishoudens in 2017 een inkomen onder het bestaansminimum had (versus 1,6% van de werknemershuishoudens). Dit tarief van € 16 is afgeleid van het niveau van een netto bijstandsuitkering, hetgeen neerkomt op € 1131 netto (inclusief zorgtoeslag). Voorbeelden van deze categorie zelfstandigen zijn thuiszorghulpen, maaltijdbezorgers en mensen in de culturele sector.

De kern van het voorstel is dat een opdrachtgever niet alleen € 16 moet afspreken, maar dat hij het ook verschuldigd is wanneer de opdrachtnemer achteraf gezien minder dan dat bedrag per uur heeft verdiend. Dat speelt met name als de opdrachtnemer een te optimistische tijdsinschatting heeft gegeven in zijn offerte. Blijkt de opdrachtnemer achteraf meer tijd te hebben besteed aan de klus dan ingeschat, dan is de zakelijke opdrachtgever verplicht om bij te betalen. Daarmee verschuift een deel van het ondernemersrisico van de opdrachtnemer naar de opdrachtgever. De opdrachtgever dient zich vooraf ervan te vergewissen dat de offerte realistisch is, maar zelfs als hij dat doet, draagt hij nog steeds het risico indien deze te laag was.

Ik voorzie drie gevolgen van dit voorgestelde systeem. De eerste is dat deze groep zelfstandigen een argument wordt ontnomen om te betogen dat ze ondernemer zijn en dat argument is het lopen van ondernemersrisico. Het plan brengt immers mee dat je toch wel betaald wordt, ook al doe je er langer over. Ten tweede: het valt te verwachten dat opdrachtgevers gaan monitoren hoe (snel) een opdrachtnemer zijn werk doet. Alleen zo kun je het risico op overschrijding van de offertes tegengaan. Monitoren hoe iemand zijn werk doet komt neer op (precies ja!): een

<sup>1</sup> Zie de brief van 24 juni 2019 (*Kamerstukken I 2018/19, 35074, M*).

gezagsverhouding en meestal dus een arbeidsovereenkomst. Daar zitten die opdrachtgevers uiteraard niet op te wachten.

Ten derde zal de minimumtariefregeling veel dwingend recht moeten bevatten, anders heeft zij geen zin. Omzeiling moet worden tegengegaan door de kwalificatie van een overeenkomst van opdracht dwingendrechtelijk te maken. De bepalingen dienen ook te gelden voor buitenlandse zzp'ers die hier werken; anders is er geen gelijk speelveld. Er moet een regeling komen voor offertes met stukloon (denk aan vertalers en bezorgers). Afspraken waarbij het risico van niet kunnen werken bij de opdrachtnemer liggen, zullen verboden moeten worden. En wat hebben we aan al die verboden als de opdrachtgever vervolgens kan besluiten om een opdrachtnemer voortaan niet meer in te huren indien hij ook aanspraak maakt op het minimumtarief? Een gekwalificeerd opzegverbod dan maar?

Anders gezegd: dit systeem werkt alleen als je eigenlijk een soort schaduwarbeidsrecht maakt voor kwetsbare zzp'ers. Het gevolg is vermoedelijk dat een deeltje van de onderkant meer dan € 16 per uur krijgt en dat een ander deel dan weer naar de arbeidsovereenkomst verhuist, want daar wordt de opdrachtgever op deze manier vanzelf naartoe gedreven. Wellicht zijn dat de doelen die het kabinet voor ogen heeft.

Aan de bovenkant kunnen zelfstandigen straks met de opdrachtgever afspreken dat partijen geen arbeidsovereenkomst beogen te sluiten. Indien zij "daadwerkelijk" € 75 per uur verdienen, is dat genoeg om gedurende een jaar onder de werking van het arbeidsrecht uit te zijn. Na dat jaar komt er een einde aan die mogelijkheid. Zou een rechter, ondanks deze zelfstandigenverklaring, een opdrachtnemer toch als werknemer aanmerken, dan heeft hij louter recht op dat deel van het arbeidsrecht dat uit het Europese recht voortvloeit (o.a. vakantiedagen en ontslagbescherming bij zwangerschap). Daar valt immers niet aan te tornen. Voor het overige geldt het arbeids- en pensioenrecht dus niet gedurende dat jaar. Gaat het voorstel in goede aarde vallen? De ICT'er bij een bank, die al jaren hetzelfde werk doet, is onmisbaar en wil niet werken op basis van een arbeidsovereenkomst, ook niet na een jaar. Wellicht gaat dit het ondernemerschap dan juist stimuleren: als hij met andere ICT'ers gaat samenwerken, komt er misschien eindelijk een echte onderneming van al die zzp'ers.

Als ik het zo bekijk, gaat er door de plannen wel wat veranderen: zzp'ers aan de onderkant zijn straks immers weg- of omhoog gereguleerd en zzp'ers aan de bovenkant zijn hopelijk doorgroeid. En ons "werkrecht" heeft straks allerlei nieuwe varianten: de zzp'er met minimumtarief (en dus weinig contractsvrijheid), de zzp'er met zelfstandigenverklaring (met alle contractsvrijheid), de zzp'er met zelfstandigenverklaring, die toch werknemer naar Europees recht blijkt te zijn, de zzp'er volgens de webmodule en de zij-aan-zij werkende zzp'er, die van de ACM collectief mag onderhandelen. Dat klinkt weinig overzichtelijk, maar doet recht aan het feit dat dé zzp'er niet bestaat. Wat echter blijft bestaan is dé opdrachtgever die kopschuw is voor al dit soort risico's en daarom altijd van constructies gebruik zullen blijven maken om de (kwalificatie)risico's te mijden.