

University of Groningen

Vrijheid, gelijkheid en broederschap op de arbeidsmarkt van de 21e eeuw

Peters, S.S.M.; Roozendaal, W.L.

Published in:
 Tijdschrift voor Recht en Arbeid

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

Publication date:
 2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Peters, S. S. M., & Roozendaal, W. L. (2017). Vrijheid, gelijkheid en broederschap op de arbeidsmarkt van de 21e eeuw. *Tijdschrift voor Recht en Arbeid*, 2017(10), 24-30. [TRA 2017/84].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Vrijheid, gelijkheid en broederschap op de arbeidsmarkt van de 21^e eeuw

Prof. mr. S.S.M. Peters en prof. mr. W.L. Roozendaal¹

Op de arbeidsmarkt van de 21e eeuw werken werknemers en zelfstandigen vaak zij aan zij. 'Loonslaven'² en 'zelfstandigen' doen niet zelden vergelijkbaar werk in of voor de onderneming van een ander, de werkgever of opdrachtgever, en verkeren in een vergelijkbare sociaaleconomische positie. Toch vallen beide groepen onder een zeer verschillend arbeidsrechtelijk, socialezekerheidsrechtelijk en fiscaalrechtelijk regime en hangt mede daardoor aan hun arbeid een heel verschillend prijskaartje. Dit geldt zowel voor de onderkant als de bovenkant van de arbeidsmarkt. De arbeidsmarkt is in zekere zin opgebouwd met de idealen van de Franse revolutie voor ogen – Liberté, Egalité, Fraternité. De behoefte aan vrijheid lijkt echter steeds minder goed te verenigen met gelijkheid en solidariteit. Dit is aanleiding om de werkingssfeer van sociaalrechtelijke bescherming te ijkken aan deze kernwaarden.

1. Inleiding

In de 20^e eeuw is in dit deel van de wereld de sociale rechtsstaat opgebouwd. Wat de staatshuishouding betreft bestaat het fundament van die sociale rechtsstaat uit enerzijds het omarmen van de vrije markt, en anderzijds het corrigeren van de resultaten van ongebreidelde marktwerking. In zekere zin kan dit project worden gezien als een verwezenlijking van de idealen van de Franse revolutie. Volgens het ideaal van de sociale rechtsstaat gaat de vrijheid om handel te drijven, gepaard met broederschap, ofwel solidariteit met degenen die zich op de markt onvoldoende staande weten te houden. Voor het dwingendrechtelijk ingrijpen van de staat ter correctie van de vrije marktwerking zijn in de loop van de 20^e eeuw allerlei instrumenten ontwikkeld, zoals herverdeling van inkomen en beperken van concurrentie op arbeidsvoorwaarden. De gelijkheid bestond eruit dat in beginsel iedereen die afhankelijk was van een inkomen uit arbeid, in dezelfde mate van die dwingendrechtelijke bescherming kon profiteren. In de 21^e eeuw lijkt dit arrangement echter steeds meer te gaan knellen. Marktdeelnemers wijzen erop dat de herverdeling van inkomen en de beperking van concurrentie op arbeidsvoorwaarden hun marktvrijheid beperken. Zij zoeken naar manieren om hun vrijheid te vergroten, maar daarmee ondermijnen zij niet alleen de solidariteit maar ook de gelijkheid tussen werkenden. Er is sprake van een steeds grotere variatie aan nieuwe contractvormen, die evenwel met elkaar gemeen hebben dat de werkende (steeds) minder sociale bescherming geniet dan de standaard voltijds werknemer met een contract voor onbepaalde tijd.

In deze bijdrage geven wij onze zienswijze op de noodzaak tot herijking van de reikwijdte van de werknemersbescherming. Wij vragen ons ten eerste af waar de roep om meer vrijheid bij het bepalen van de reikwijdte van werknemersbescherming vandaan komt (par. 2). Vervolgens is de vraag of de ontstane ongelijkheid in het niveau van bescherming tussen verschillende groepen werkenden te rechtvaardigen is (par. 3). Moet de vrijheidsdrang en de ongelijkheid verklaard worden uit een teveel aan solidariteit, of juist een tekort (par. 4)? Wij sluiten af met een reflectie op de vraag, of een arrangement denkbaar is waarin vrijheid en solidariteit elkaar niet uitsluiten maar versterken. Hoe zou dat arrangement er uit kunnen zien?

¹ Saskia Peters is hoogleraar arbeidsrecht te Groningen en redacteur van dit blad, Willeminj Roozendaal is bijzonder hoogleraar socialezekerheidsrecht aan de VU en redacteur van dit blad.

² V.B. Dubal, Wage Slave or Entrepreneur?: Contesting the Dualism of Legal Worker Identities, California Law Review 2017, Vol. 105:101, p. 102-159.

2. Vrijheid

De Wet Deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA) heeft tot maatschappelijke commotie geleid. Zelfstandig ondernemers voelden zich beroofd van mogelijkheden om in hun bestaan te voorzien, omdat zij dreigden verplicht onder de werknemersverzekeringen te vallen. Tijdens de parlementaire discussie hierover zijn twee factoren als kernprobleem aangewezen als het gaat om de werkingssfeer van werknemersbescherming.³ Dit zijn ten eerste de mogelijkheid om buiten de werkingssfeer te vallen bij de mogelijkheid tot 'vrije vervanging', hetgeen met name problematisch zou zijn aan de onderkant van de arbeidsmarkt, en ten tweede het verplicht werken in dienstverband zodra sprake is van een gezagsverhouding, hetgeen problematisch zou zijn voor de bovenkant van de arbeidsmarkt. Hier gaat het ons om het laatste. Welk probleem wordt hier precies mee bedoeld? Volgens een notitie van SZW⁴ gaat het hierbij om een probleem van een groep werkenden en werkverschaffers aan de bovenkant van de arbeidsmarkt die de bescherming en verplichtingen van een arbeidsovereenkomst (en de kosten die hierbij komen kijken) als knellend ervaart en/of zich voelt aangetrokken tot ondernemerschap.⁵ Dat mensen nu in bepaalde gevallen niet meer als zelfstandige aan de slag kunnen of zelfstandigen kunnen inhuren – ook al volgt dit duidelijk uit de criteria van het arbeidsrecht – roept bij hen weerstand op, met name wanneer personen jarenlang dachten als zelfstandige te werken en nu hun werkzaamheden op een andere manier moeten vormgeven.

Werkverschaffers zullen het dwingende arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht vanzelfsprekend vaak knellend vinden. Het recht moet dwingend zijn juist omdat de toepassing ervan belastend is, en vanwege de doelstelling werknemers te beschermen worden in het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht de werkgevers (mede) belast. De kern van het door de staatssecretaris gesignaleerde probleem is daarom niet dat werkgevers het arbeidsrecht knellend vinden, maar dat ook sommige werkenden het knellend vinden. Deze groep duiden we voor het gemak aan als 'professionals'. Deze professionals opereren zeer zelfstandig en hebben geen behoefte aan bescherming. Zij willen als zelfstandige kunnen worden ingehuurd zonder 'last' te hebben van het arbeidsrecht. Klopt het dat zij ondanks hun zelfstandige werkzaamheden toch vrij snel als werknemer worden aangemerkt? En zo ja, waarom zouden zij daar tegen hun wil toe verplicht moeten zijn? Welke 'last' hebben zij daarvan?

Het is juist dat als een werkende een grote vrijheid heeft bij de uitoefening van de werkzaamheden, dit toch niet automatisch meebrengt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft in meerdere arresten overwogen dat in geval de werknemer een grote vrijheid in de uitoefening van de werkzaamheden heeft en de werkgever geen opdrachten of instructies ter zake kan geven, toch een arbeidsovereenkomst kan worden aangenomen. De bevoegdheden van het bestuur kunnen beperkt zijn tot arbeidsorganisatorische zaken als het vaststellen van dienstroosters, vakantieperiodes en dergelijke.⁶ Het gegeven dat een dienstverlener gedurende zijn werkzaamheden deel uitmaakt van de organisatie van de werkgever en voor de uitoefening van zijn

³ *Kamerstukken II 2016-2017*, 34 036, nr. 40.

⁴ Rapport varianten kwalificatie arbeidsrelatie, Bijlage bij *Kamerstukken II 2016/207*, 34 036, nr. 64. Het rapport is tot stand gekomen na raadpleging van deskundigen en belangenbehartigers, waaronder W.L. Roozendaal.

⁵ Rapport p. 23. Ter onderbouwing wordt gewezen op WRR (2017) Voor de Zekerheid; Ecorys (2013) Contractvormen en motieven van werkgevers en werknemers; CPB (2016) Flexibiliteit op de arbeidsmarkt.

⁶ HR 12 september 2014, JAR 2014/260 (prostituees). Zie voorts over een tot organisatorische aspecten beperkte instructiebevoegdheid van de werkgever die leidde tot het aannemen van een arbeidsovereenkomst HR 17 juni 1994, NJ 1994/757; JAR 1994/152; TVVS 1994/10, p. 279, m.nt. MGR (Imam). Enige zeggenschap moet echter bedongen zijn. De enkele omstandigheid dat werktijden contractueel zijn vastgelegd, is niet voldoende. HR 8 mei 1998, JAR 1998/168.

werkzaamheden daarvan afhankelijk is, is aldus voldoende voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst. Dit weegt zwaarder dan de zelfstandigheid die een professional al snel heeft in de uitoefening van zijn werkzaamheden.⁷

De professional die de dwingendrechtelijke kwalificatie van zijn overeenkomst als een arbeidsovereenkomst als knellend aanvaardt, zal willen weten wat hier de rechtvaardiging van is. Die vraag wordt verschillend beantwoord in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht.

In het arbeidsrecht maakt het dwingende recht inbreuk op de partijautonomie, primair ter bescherming van de naar veronderstelling zwakkere partij.⁸ Als die partij daadwerkelijk geen behoefte heeft aan die bescherming dan is er, zo lijkt het, geen reden meer om hem toch die bescherming op te leggen. Het belang bij contractvrijheid, of, anders gesteld, het inmiddels tot grondrecht verheven recht op vrij ondernemen,⁹ kan in een dergelijk situatie zwaarder wegen. Een argument om dan toch het arbeidsrecht van toepassing te verklaren zou kunnen worden ontleend aan de mogelijkheid dat de werkende niet in vrijheid zijn wil kon bepalen omdat hij onder druk gezet is. Deze mogelijkheid is met name aan de onderkant van de arbeidsmarkt niet denkbeeldig.¹⁰ Het is in de praktijk erg moeilijk om de ware wil van partijen te achterhalen. Dit verklaart mede waarom de partijbedoeling niet erg zwaar weegt bij de kwalificatievraag.¹¹ Daardoor kan het voorkomen dat professionals die wel echt zelfstandig willen zijn tegen hun wil als werknemer worden aangemerkt.

Waar ligt nu precies het knelpunt voor die professional? Het probleem zal ten eerste zijn, dat opdrachtgevers ook niet in staat zijn om met zekerheid vast te stellen dat hij echt opdrachtnemer wil zijn en geen beroep zal doen op het dwingende recht. Daarom kan de opdrachtgever terughoudend zijn in het verstrekken van opdrachten. Zodra de overeenkomst gesloten is, is dat probleem echter voorbij. Als partijen hun overeenkomst als overeenkomst van opdracht aanmerken en de dienstverlener doet nimmer een beroep op de mogelijke toepasselijkheid van het arbeidsrecht, dan kan de band van het arbeidsrecht feitelijk niet knellend zijn. Dat is anders als het dwingendrechtelijk opgelegde regime niet (alleen) gehandhaafd moet worden door de werknemer zelf, maar door derden.¹² Dat is het geval in het socialezekerheidsrecht.

De knellende band ligt voor de professional waarschijnlijk niet primair in het arbeidsrecht, maar in het socialezekerheidsrecht. Sociale verzekeringen zijn verplichte verzekeringen. Men is verzekerd niet omdat men dat wil, maar van rechtswege. Een belangrijk argument voor de verzekeringsdwang

⁷ Zie aldus E. Verhulp, Notitie over de werkingssfeer van het arbeidsrecht en de werknemersverzekeringen, 27 januari 2017, bijlage 2 bij Rapport varianten kwalificatie arbeidsrelatie, p. 88.

⁸ Zie over de historische achtergrond uitvoerig E. Verhulp, Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit, SR 2005, 16 (hierna: Verhulp 2005).

⁹ Art. 16 Handvest voor de Grondrechten van de EU, zie daarover S.S.M. Peters, Ondernemersvrijheid versus werknemersbescherming, TAO 2014/2.

¹⁰ Zie voor een sector waarin dit eerder norm is dan uitzondering, W.L. Roozendaal, Zelfstandigen in de thuiszorg, ArbeidsRecht 2016/42. Er is in de civiele rechtspraak een toenemend aantal uitspraken waarin de rechter aanneemt dat dienstverleners die op overeenkomst van opdracht werken wel in staat waren om hun wil te bepalen. Zie voor een overzicht B. Emmerig en P.E.F. Domevscek, Herijking van de Handreiking, WFR 2016/172.

¹¹ De partijbedoeling is volgens de Hoge Raad slechts een gezichtspunt, Zie HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926 (Notarissen), r.o. 3.4.3. Volgens het HvJ EU is de partijbedoeling vermoedelijk in het geheel niet van belang voor de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst (zie bijv. HvJ EU 4 december 2014, C-413/13 (FNV KIEM)).

¹² Door derden gehandhaafde voorschriften kunnen zich voor de professional ook voordoen in de Arbeidsomstandighedenwet, cao's en pensioenen. Dit laat ik hier ter vereenvoudiging buiten beschouwing..

is verzekeringstechnisch: daardoor kan voldoende risicospreiding worden gerealiseerd, waardoor een aanvaardbare en relatief stabiele premiestelling wordt bereikt. Niet alleen de omvang van de verzekerde groep is daarvoor van belang, maar ook de vermenging van goede en slechte risico's.¹³ Door verzekering van rechtswege worden risico's zoals werkloosheid, die op de particuliere markt onverzekerbaar zijn, toch gedekt. Het dwingendrechtelijke karakter is tegelijkertijd aan te merken als een kwestie van solidariteit. De solidariteit die tot uitdrukking komt in de werknemersverzekeringen, is niet alleen de solidariteit van werkgevers met werknemers, maar ook van werknemers met een sterke maatschappelijke positie ten opzichte van werknemers met een minder sterke positie. De professionals die tegen hun zin werknemer zijn, worden dus gedwongen om mee te betalen aan het beschermen van de risico's die andere werknemers lopen.

Het is alleszins begrijpelijk dat professionals de vrijheid willen hebben om hier vanaf te zien, zodat zij een deel van de alsdan niet betaalde premies op hun eigen rekening terugzien. Net zo is het alleszins begrijpelijk dat burgers niet vrijwillig belasting betalen. Daarom is dit dwingend recht. De partijwil speelt van oudsher een zeer bescheiden rol in de bepaling van de personele werkingsfeer van het socialezekerheidsrecht.¹⁴

De afgelopen decennia is het verplichte karakter van de werknemersverzekeringen niettemin meermaals ter discussie gesteld. In de jaren negentig was de aanleiding voor deze discussie vooral gelegen in de toename van flexibele arbeidsrelaties.¹⁵ Vlak na de eeuwwisseling was de aanleiding de toename van het aantal zelfstandigen zonder personeel.¹⁶ Zoals besproken ligt thans wederom een herijking in het verschiet in verband met de invoering van de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties. In de nabije toekomst zal de groei van de 'platform-economie' bovendien tot de nodige heroverwegingen leiden.¹⁷ Tot dusver leidden deze heroverwegingen steeds tot de constatering dat sociale verzekeringen bestaan bij de gratie van draagvlak, solidariteit en (gesloten) collectiviteit, zodat terughoudend moet worden omgegaan met elementen als individuele keuzevrijheid of keuzevrijheid van partijen.¹⁸ De introductie van de vrijwaring van loonheffingen bij afgifte van een VAR-WUO of VAR-DGA bracht van 2004 tot 2016 feitelijk wel een mogelijkheid tot opting-out, met als doel rechtszekerheid vooraf te brengen voor opdrachtgevers van zelfstandig ondernemers. De effecten van deze en andere maatregelen die het zelfstandig ondernemerschap

¹³ Zie MvT bij de Werkloosheidswet, *Kamerstukken II 1947/48*, 704, nr. 3, p. 12; L. van den Berg, *Tussen feit en fictie*, diss. Nijmegen 2010, p. 15; W.P.J.M. Fase, *De legitimering van het verplichtend karakter van de sociale verzekering*, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.), *'De gemeenschap is aansprakelijk.'*, Honderd jaar sociale verzekering, SCOSZ/VvAR, Vermande 2001, p. 47-65.

¹⁴ L. van den Berg, *Tussen feit en fictie*, diss. Nijmegen 2010, par. 2.5.3. .

¹⁵ SER-advies *Werken aan zekerheid I*, publicatienr. 97/05 I, Den Haag 1997

¹⁶ SER advies *Personenkring werknemersverzekeringen*, Advies van 18 april 2004, SER04/09. TK 2004-2005, 29800, XV, nr 80, p. 13. Zie ook

¹⁷ COM (2016) 356 final van 2 juni 2016, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's: 'Een Europese agenda voor de deeleconomie', p. 14 en 15. Zie over de platformeconomie hierover o.a. de bijdrage van Montebovi, Barrio en Schoukens in dit nummer; J.M. van Slooten, 'Platformarbeid: nog een reden tot rethinking van het arbeidsrecht', TAO 2017, nr. 2, p. 51; M.S. Houwerzijl, *Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: een verkenning*, TRA 2017/14.

¹⁸ SER-advies *Werken aan zekerheid I*, op.cit. p. 265; TK 2003-2004, 29677, nr. 3 p. 12 (bij de Wet Uitbreiding Rechtsgevolgen VAR); L. van den Berg, diss. P. 25; SER advies *Personenkring werknemersverzekeringen*, Advies van 18 april 2004, SER04/09 p. 45; Zie voor de versturende gevolgen ook M.C.M. Aerts, *De zelfstandige in het sociaal recht* (diss, Amsterdam Uva 2007, p. 243-248. D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud*, diss EUR, 2008, p. 344-345.

moesten stimuleren, zijn in kaart gebracht in het zogeheten IBO-rapport¹⁹ en hebben geleid tot de afschaffing van de vrijwaring voor de loonheffingen via de Wet DBA per 1 mei 2016. Het rapport dat de opties tot herijking heeft verkend voor een nieuw kabinet, komt niet tot andere conclusies als het gaat om de wenselijkheid van opting-out.²⁰

Ook al wordt al decennia gediscussieerd over het vergroten van de individuele keuzevrijheid voor arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke bescherming, en wordt al decennia geconcludeerd dat dit niet wenselijk is, toch is het aantal werkenden dat al dan niet vrijwillig buiten die bescherming valt, toegenomen. De vraag in de volgende paragraaf is wat de rechtvaardiging is voor het ongelijke beschermingsniveau van werkenden.

3. Gelijkheid

Aan het Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht ligt een uitgangspunt van algemeenheid ten grondslag. De regeling van de arbeidsovereenkomst in titel 7.10 BW is algemeen toepasselijk op, en heeft in beginsel een gelijke inhoud voor allen die in dienst van een ander tegen loon arbeid verrichten, ongeacht de kwalificatie die partijen zelf aan hun onderlinge relatie geven en ongeacht functie, loon en opleidingsniveau. Dit is de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever geweest, zo blijkt uit de memorie van toelichting bij de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907.²¹ Niet iedereen was het daar destijds mee eens. Sommige kamerleden pleitten voor een ander, niet algemeen, systeem, met drie afzonderlijke regelingen, namelijk voor arbeiders in fabrieks- en handwerksnijverheid, voor dienstboden en voor alle overige in loondienst zijnde personen. De regering riposteerde dat dienstmeisjes, onderwijzers, directeuren van NV's etc. weliswaar onderscheiden gevallen zijn, "maar toch doet dit tot het hart van de zaak niet af, eenvoudig daarom niet, omdat uit rechtskundig en legislatief oogpunt (...) ondanks al die verscheidenheden de verschillende gevallen het algemeen karakter hebben en wij dezelfde karaktertrekken terugvinden bij elk arbeidscontract."²²

Welke zijn die karaktertrekken van het arbeidscontract – ofwel: de arbeidsovereenkomst – die volgens de wetgever noopten tot dwingendrechtelijke bescherming? De belangrijkste zijn economische afhankelijkheid en ondergeschiktheid. "[Arbeiders moeten] "willen dezen leven (...) arbeiden en een arbeidscontract sluiten. Voor hen is het arbeidscontract niet eene vrijwillige overeenkomst, maar een dwangcontract." "De druk, waaronder zij voortdurend verkeerden" zou het bedingen van billijke voorwaarden niet toelaten.²³ Werknemers zijn meestal voor hun levensonderhoud volledig afhankelijk van hun arbeidsinkomen. Die afhankelijkheid van een werknemer van zijn baan – en dus van zijn werkgever – maakt dat de werkgever bij het sluiten en wijzigen van de arbeidsovereenkomst meestal in een gunstiger positie verkeert. Er is, vanwege die economische macht (en voorsprong in kennis) van de werkgever over de werknemer, geen sprake van onderhandelingen tussen gelijke partijen.²⁴ Daarnaast is de positie van de werknemer zwak omdat hij zich in een ondergeschikte positie bevindt: hij moet zich voegen naar de regels en opdrachten van de werkgever en zijn onderneming. Kortom: de afhankelijke en ondergeschikte positie van de werknemer tegenover de werkgever vraagt om ongelijkheidscompensatie in de vorm van dwingendrechtelijke voorschriften. Die afhankelijkheid van de werknemer van zijn arbeidsinkomen voor zijn levensonderhoud was voorts reden om verplichte

¹⁹ Rapport IBO Zelfstandigen zonder personeel, 2015.

²⁰ Rapport varianten kwalificatie arbeidsrelatie, Bijlage bij Kamerstukken II, 2016/207, 34 036, nr. 64.

²¹ A.E. Bles De Wet op de arbeidsovereenkomst (...). Eerste deel, 's-Gravenhage: Belinfante 1907 (hierna: Bles 1907), p. 136 (MvT, § 7).

²² Zie Bles 1907, p. 154 respectievelijk p. 164.

²³ Bles 1907, p. 7 (MvT).

²⁴ F.J.L. Pennings, Over de schutting. Overheveling van onderdelen van sociale zekerheid naar arbeidsrecht en omgekeerd (oratie Utrecht), 2009, p. 19.

werknemersverzekeringen in het leven te roepen. Werknemers dienden – vanwege hun zwakke positie wederom: dwingend – beschermd te worden tegen risico's van arbeid. Als zij ten gevolge van werkloosheid of ziekte en gebrek niet langer in staat zijn dat arbeidsinkomen te verwerven, dan moet daar een vervangend inkomen voor in de plaats komen, opdat hun bestaanszekerheid is geborgd en zij niet tot armoede vervallen.²⁵

Heeft de arbeidsovereenkomst in de 21^e eeuw nog steeds deze karaktertrekken? De meeste werknemers zijn nog steeds voor hun levensonderhoud afhankelijk van hun inkomen uit arbeid en dus van hun werkgever. Dat geldt ongeacht het soort arbeidsovereenkomst dat de werknemer heeft. De economische afhankelijkheid geldt bijvoorbeeld evengoed voor werknemers met een tijdelijk als voor werknemers met een vast contract. Toch ziet de arbeidsrechtelijke bescherming van deze twee categorieën werknemers er in de praktijk verschillend uit, zo blijkt uit de andere bijdragen in deze Special. Soms volgt die verschillende bescherming rechtstreeks uit de wet, zoals bij ontslagbescherming (waarvoor overigens goede redenen kunnen zijn, zoals het tegemoet komen aan de behoefte van werkgevers aan flexibiliteit²⁶). Soms volgt zij uit de werking van de regels in de praktijk, zoals de mogelijkheid om van scholings- en arbeid-en-zorg-rechten gebruik te maken.²⁷ De tweede karaktertrek, de ondergeschiktheid aan de werkgever, heeft aan belang ingeboet en past volgens velen niet bij het moderne werken. Hoewel vooral bij lager geschoold en minder gespecialiseerd werk de werkgever vaak nog wel een duidelijke gezagsbevoegdheid heeft, geldt voor steeds meer werknemers dat zij nauwelijks meer inhoudelijke instructies van de werkgever krijgen.²⁸

Hoe zit het met deze karaktertrekken bij andere arbeidsrelaties, dus als we *buiten de groep van werknemers* kijken? We beperken deze vergelijking tot de – sterk groeiende – groep van zelfstandigen zonder personeel, werkzaam op basis van een overeenkomst van opdracht. Net zoals werknemers, is het overgrote deel van deze zzp'ers voor hun levensonderhoud afhankelijk van het arbeidsinkomen. Een flink aantal zelfstandigen is bovendien (grotendeels) afhankelijk van één opdrachtgever ('afhankelijke zzp'ers').²⁹ Dat betekent dat veel zzp'ers evenmin (serieuze) onderhandelingsmacht hebben ten opzichte van hun contractspartij en de contractvrijheid dus moet worden gerelativeerd. Ook de tweede karaktertrek, de ondergeschiktheid, zien we bij (vooral de afhankelijke) zzp'ers terug.³⁰ Met name als zij werkzaam zijn in de onderneming van de opdrachtgever en aldaar vergelijkbaar werk doen als werknemers in dienst van die onderneming, kan de instructiebevoegdheid van de opdrachtgever nauwelijks te onderscheiden zijn van de arbeidsrechtelijke gezagsverhouding.³¹ Volgens het EU-recht is een werkende dan overigens al snel

²⁵ Vergelijk S. Klosse & G.J. Vonk, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, par. 1.1.

²⁶ Het veelvuldig gebruik (kunnen) maken van tijdelijke contracten door werkgevers kan echter – afhankelijk van o.a. de vraag of tijdelijk contracten vooral als 'stepping stone' voor werknemers fungeren of juist als 'dead-end job' – leiden tot een gesegmenteerde arbeidsmarkt. Zie daarover Hester Houwing, *A Dutch approach to Flexicurity? Negotiated change in the organization of temporary work* (diss. UvA), met name p. 172 e.v.

²⁷ Zie vooral de bijdrage van De Wolff en Veldman in dit nummer.

²⁸ Zie daarover, onder verwijzing naar literatuur, A.R. Houweling (red.), *Arbidsrechtelijke themata*, Den Haag: BJU 2015, p. 160 e.v.

²⁹ Zie voor de term en cijfers G.C. Boot, 'Arbidsrechtelijke bescherming van afhankelijke zzp'er', TRA 2012/84 (een kwart van de zzp'ers maakte in 2008 meer dan 75% van de omzet bij één opdrachtgever). Zie ook Rapport IBO Zelfstandigen zonder personeel, 2015, p. 28 (van alle personen die op opdrachtovereenkomst werken heeft 25% één opdrachtgever en 33% twee tot drie opdrachtgevers).

³⁰ Volgens onderzoek van de OESO lijken de werkcondities van ten minste 15% van de zzp'ers in Nederland erg op die van werknemers (en een deel van die zzp'ers is mogelijk ook werknemer). Ontleend aan IBO Zelfstandigen zonder personeel, 2015, p. 28. In 'The status of Uber Drivers: a purposive approach' (gepubliceerd op <http://www.labourlawresearch.net/>) concludeert Guy Davidov o.b.v. deze kenmerken (ondergeschiktheid en afhankelijkheid) dat Uber Drivers geen 'independent contractors' maar 'employee' zijn.

³¹ Vergelijk Verhulst 2005, p. 7-8.

een werknemer en geen zelfstandige.³² Voorts hebben de meeste (namelijk de ‘arbeidsinkomenafhankelijke’) zelfstandigen ook een vervangend inkomen nodig in geval van o.a. leegloop (werkloosheid) en ziekte en arbeidsongeschiktheid. Voor hen zijn er echter geen verplichte verzekeringen ter afdekking van deze risico’s. Hoewel hun *behoefte* aan dekking dus gelijk is, worden zij (kennelijk) in staat geacht rationeler met deze risico’s om te gaan dan werknemers. Zij hoeven, anders dan de werknemer, niet tegen zichzelf in bescherming te worden genomen; hier hoeft de overheid niet paternalistisch op te treden en sociale verzekeringen verplicht te stellen. Zij zullen, zelfstandig als ze zijn, voldoende middelen reserveren of vrijwillig een verzekering sluiten. Gebleken is echter dat een groot deel van de zzp’ers dat simpelweg niet *kan* (omdat hun tarieven door een gebrek aan onderhandelingsmacht daarvoor te laag zijn³³) of niet doet, bijvoorbeeld omdat men liever opteert voor een hoger netto inkomen nu (mede omdat het in de menselijke natuur zit om risico’s waarvan de kans op verwezenlijking klein is, zoals dat van langdurige arbeidsongeschiktheid, te onderschatten).

We constateren dat de karaktertrekken die tot arbeidsrechtelijke bescherming nopen aan sommige arbeidscontracten nog steeds eigen zijn en aan andere niet. Bovendien vinden we deze karaktertrekken ook bij andere arbeidsrelaties. Daarmee zijn de harde scheidslijnen voor arbeidsrechtelijke bescherming die op basis van deze karaktertrekken zijn getrokken tussen de verschillende categorieën werkenden in de 21^e eeuw verworden tot tamelijk willekeurige grenzen. De relevante karaktertrekken – economische afhankelijkheid en ondergeschiktheid – zijn immers niet (langer) verbonden aan een bepaalde contractvorm. Als we die karaktertrekken nog steeds onderscheidende criteria voor ongelijkheidscompensatie vinden, dan moet onder ogen worden gezien dat de grenzen niet meer *tussen* de verschillende contractvormen lopen, maar er dwars doorheen. De opkomst van de ‘gig-economy’ met allerlei vormen van (digitaal) platformwerk illustreert dat alleen maar. Het vasthouden aan de veronderstelling dat (alleen) een *werknemer* behoefte aan bescherming heeft, houdt de reikwijdte van die bescherming enerzijds te ruim (*alle* werknemers) en anderzijds te beperkt (andere werkenden vallen (goeddeels³⁴) buiten de boot).³⁵ Als we het stellen in de woorden van de wetgever van 1907: ondanks de verscheidenheden vinden we nu dwars door de verschillende contractvormen dezelfde karaktertrekken terug. Hetzelfde geldt voor de behoefte aan dekking van risico’s als (langdurige) arbeidsongeschiktheid en werkloosheid: alle werkenden die voor hun levensonderhoud afhankelijk zijn van hun arbeidsinkomen hebben die. Welke werkenden tegen zichzelf in bescherming moeten worden genomen en dus onder een verplichte verzekering moeten worden gebracht, kan ook niet meer aan de contractvorm worden opgehangen. Deze ‘betutteling door vadertje staat’ is voor veel zwakkere zzp’ers net zo nodig als zij voor veel (sterke en rationeel handelende) werknemers onnodig is.

Wij concluderen het volgende. Er is een ruim palet aan (nieuwe) contractvormen op basis waarvan arbeid wordt verricht en het aandeel van de (vaste) arbeidsovereenkomst in dat geheel wordt kleiner. De andere contractvormen dan de arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) hebben met elkaar gemeen dat de werkende minder sociale bescherming geniet dan de standaard werknemer. Beschermingsbehoefte hangt echter niet primair af van de vorm van de arbeidsrelatie, maar

³² Een zogenaamde zelfstandige heeft voor het EU-recht de status van werknemer, “voor zover die persoon 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” (HvJ EU 4 december 2014, C-413/13 (*FNV KIEM*), r.o. 36).

³³ Zie IBO Zelfstandigen zonder personeel, 2015, p. 38.

³⁴ De fictieve dienstverbanden blijven hier buiten beschouwing.

³⁵ Vergelijk Saskia Klosse, ‘Flexibele arbeid, gebalanceerde bescherming’, in: WRR, Rapport Voor de zekerheid, Den Haag 2017 (hierna: Klosse 2017), p. 219-220.

loopt dwars door de verschillende vormen heen.³⁶ Dit betekent dat de grote verschillen in het beschermingsniveau van werkenden, uitsluitend op basis van het soort overeenkomst waarop ze werken, niet gerechtvaardigd is. En dat steekt des te meer nu die nieuwe contractvormen soms (deels) zijn ontstaan of een vlucht nemen juist *omdat* aan die vorm minder sociale bescherming is verbonden en de werkgever/opdrachtgever dus goedkoper uit is en minder risico's loopt.³⁷

Al met al rijst hierdoor het beeld van een gefragmenteerde arbeidsmarkt die vatbaar is voor concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Toenemende segregatie tussen 'vaste kern' en 'flexibele schil', tussen 'loonslaven' en 'vrije jongens', dreigt het draagvlak voor een solidaire samenleving te ondermijnen. Is er nog genoeg solidariteit op de arbeidsmarkt van de 21^e eeuw?

4. Solidariteit

Solidariteit kan opgevat worden als datgene wat individuen aan elkaar bindt.³⁸ Door solidariteit, lotsverbondenheid, saamhorigheid, bouwt men een gemeenschap. Men doet dingen voor elkaar zonder er zelf onmiddellijk beter van te worden. Dat hoeft niet per se vrijwillig. Collectieve, gedwongen solidariteit loste begin 20^e eeuw een *prisoners dilemma* op. Groot-industriëlen zagen voordelen in een samenleving zonder schrijnende armoede, maar konden elk voor zich niet vrijwillig hun arbeiders beter behandelen uit concurrentieoverwegingen. Van staatswege verplichte arbeidswetten en sociale verzekeringen losten deze patstelling op. De collectivisering van de risico's van het arbeidersbestaan stuitte overigens ook toen al op weerstand bij kleine ondernemers, die liever de baas bleven over hun eigen spaargeld en investeringen.³⁹ Het dwingende recht is er ondanks dat verzet toch gekomen, en zij die zich er nu aan proberen te onttrekken worden meestal niet gezien als vrijheidszoekers, maar als *free riders* die wel willen profiteren van de goed geordende maatschappij, maar er niet aan willen bijdragen. Hen wordt een gebrek aan solidariteit verweten. Tegelijkertijd wordt er – vooral door werkgevers – geklaagd over een *teveel* aan solidariteit.

Verplichte solidariteit kan te ver gaan. Gaandeweg is de (individuele) werkgever belast met steeds meer verplichtingen. Stond het arbeidsrecht in het begin van de twintigste eeuw vooral in het teken van bescherming van lichamelijke veiligheid, voldoende rust en loon, in de loop van de vorige eeuw werd de arbeidsovereenkomst opgeblazen tot niet minder dan het vehikel voor 'levensontplooiing van de arbeidende mens'.⁴⁰ Aldus is het sluiten van een arbeidsovereenkomst het entreebiljet geworden tot welhaast alle aspecten van het leven van die arbeidende mens: inkomensverzekering bij ziekte, zwangerschap en werkloosheid; ontslagbescherming, medezeggenschap, afstemming op zorgtaken, loondoorbetaling bij ziekte, re-integratie bij langdurige arbeidsongeschiktheid, accommodatie van gehandicapten en, als jongste loot aan de stam, een bijdrage aan scholing. Hoewel het (om verschillende redenen) lastig blijkt aan te tonen dat al deze wetten de spectaculaire groei van het aantal zzp'ers en andere vormen van flexibele arbeid hebben veroorzaakt (zie de bijdrage van De Beer en Verhulst in deze Special), lijkt het niet al te gewaagd een zeker verband daartussen te veronderstellen. Bij zulke zware verplichte bijdragen aan solidariteit kan het welhaast niet anders dan dat marktpartijen zich aan dit vehikel willen onttrekken.

³⁶ Vergelijk Klosse 2017, p. 226.

³⁷ Zie de bijdrage van Montebovi, Barrio en Schoukens elders in deze Special, en IBO Zelfstandigen zonder personeel, 2015, p. 40-41: uit internationaal onderzoek zou blijken dat een hoge mate van arbeidsrechtelijke bescherming een positief effect heeft op het aantal zzp'ers. Zie voorts S.S.M. Peters, Arbeidsrechtelijke lastendruk en ondernemersbescherming, TRA 2016/32 (oratie Groningen, 2015) (hierna: Peters 2016).

³⁸ P.S. Fluit, Verzekeringen van solidariteit (diss. UvA), 2001, p. 4.

³⁹ A. de Swaan, *Zorg en de Staat*, Bert Bakker 1990 (derde druk), p. 173 (met verwijzing naar Franse bronnen).

⁴⁰ G.M.J. Veldkamp, 'Vrijheid en dwang in het arbeidsrecht', SMA 1975, p. 307-315. Zie over de ontwikkeling van opvattingen over de kerndoelstellingen van het arbeidsrecht, W.L. Roozendaal, *Werk en privé* (diss Nijmegen), 2011, par. 10.3.2.

De solidariteit die van individuele werkgevers met werknemers wordt gevraagd, lijkt dus een kritische grens te zijn overschreden. Tegelijkertijd kan worden gesteld dat er sprake is van *te weinig* solidariteit. In de eerste plaats tussen werkgevers. Zoals gesteld, is de collectivisering van de risico's van het arbeidersbestaan ooit een oplossing geweest voor het probleem dat onderlinge concurrentie het verschaffen van fatsoenlijke arbeidsvoorwaarden verhinderde. Maar dit probleem is terug van weggeweest. Onder het mom van 'de vervuiler betaalt' zijn in de werknemersverzekeringen steeds meer risico's bij de *individuele* werkgever neergelegd. Dit geldt voor de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte, maar ook voor de premiedifferentiatie in de WIA en ZW. De solidariteit tussen werkgevers onderling is dus afgenomen. Dat zij dit zelf als een probleem zien, bleek bijvoorbeeld uit een enquête naar de opvattingen van werkgevers over de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte. In grote meerderheid onderschreven werkgevers de inkomensbescherming van langdurig zieke werknemers, maar zij betreurden dat zij hier als individuele werkgever voor moesten opdraaien.⁴¹ Daarnaast kan gesteld worden dat de wetgever de concurrentie op arbeidsvoorwaarden heeft aangewakkerd door zzp'ers te faciliteren met de VAR en allerlei fiscale voordelen, hetgeen ook een wissel trekt op de solidariteit aan werkgeverszijde. Werkgevers die (als 'goed werkgever') werken met een grote kern aan vast personeel dragen de arbeidsrechtelijke lasten verbonden aan de (vaste) arbeidsovereenkomst, terwijl hun collega-werkgevers die 'vluchten in flex' niet alleen deze lasten niet dragen, maar ook vaak profiteren van (een deel van) de fiscale vrijstellingen, bedoeld voor de zzp'er.⁴²

De grote verschillen in beschermingsniveau in combinatie met fiscale facilitering van zzp'ers knagen, in de tweede plaats, ook aan de solidariteit aan de zijde van de werkenden. Voor de 'goede risico's' (werkenden met een goede arbeidsmarktpositie, goede gezondheid etc.) is het aantrekkelijk zich niet langer als werknemer op de arbeidsmarkt aan te bieden, maar als zzp'er. Door hun goede onderhandelingspositie (ten opzichte van de opdrachtgever) zijn zij in staat een groot deel van het aanzienlijke verschil in kosten met een werknemer in eigen zak te steken.⁴³ Dit heeft consequenties voor de werknemersverzekeringen, nu daardoor de omvang van de verzekerde groep afneemt, het aandeel van de slechte risico's relatief toeneemt en dit uiteindelijk druk zet op de premies (zie paragraaf 2). Dit de solidariteit ondermijnende effect aan de bovenzijde van de arbeidsmarkt, wordt versterkt door het effect aan de onderzijde van de arbeidsmarkt. Daar worden werkenden juist tegen hun zin uit de arbeidsovereenkomst gedrukt en min of meer gedwongen als (schijn)zelfstandige aan de slag te gaan, vanwege hetzelfde verschil in kosten tussen een werknemer en een zzp'er. Alleen is het bij die groep niet de werkende aan wie het kostenvoordeel toevalt, maar de opdrachtgever.⁴⁴

5. Hoe nu verder?

Gelet op de doelstellingen die aan de arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke bescherming ten grondslag liggen en die in algemene zin nog steeds worden onderschreven, is het merkwaardig dat we enerzijds het sociale beschermingsparadijs van de arbeidsovereenkomst in stand houden en steeds verder optuigen, en anderzijds het zelfstandig ondernemerschap fiscaal faciliteren en daarmee – zeker aan de onderkant van de arbeidsmarkt – oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden stimuleren. Steeds duidelijker wordt dat veel werkenden als zzp'er of flexibele arbeidskracht aan de slag gaan, omdat zij anders niet 'aan de bak' komen. Voor hen is het niet mogelijk om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te bemachtigen, omdat de

⁴¹ G. Brummelkamp. L de Ruig en W.L. Roozendaal, Prikkel en knelpunten. Hoe werkgevers de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte (Panteia), i.o.v. SZW, 8 december 2014. 82% van de werkgevers heeft begrip voor de loondoorbetalingsverplichting, 45% zegt hem financieel niet goed te kunnen dragen.

⁴² Zie IBO Zelfstandigen zonder personeel, 2015, p. 38.

⁴³ Zij weten de belasting- (en sociale premie)voordelen om te buigen in een hogere prijs voor hun diensten en houden een hoger netto inkomen over. Zie IBO Zelfstandigen zonder personeel, 2015, p. 35 e.v.

⁴⁴ Idem.

werkverschaffer op de vlucht is voor arbeidsrechtelijke verplichtingen.⁴⁵ We hebben geconstateerd dat er zowel een teveel als een gebrek aan solidariteit is op de Nederlandse arbeidsmarkt. De arbeidsmarkt van de eenentwintigste eeuw heeft schizofrene trekken. Keer op keer blijkt dat arbeidsrechtelijke bescherming en sociale zekerheid voor werkenden zó belangrijk wordt gevonden, dat het mogelijk maken van de keuze om daar van af te zien niet wenselijk wordt geacht. Tegelijkertijd wordt in het kader van de modernisering van de arbeidsmarkt een arbeidsvorm gefaciliteerd waarbij die sociale bescherming grotendeels ontbreekt, onder het mom van bevordering van vrij ondernemerschap.

Drucker (de ontwerper van de eerste Wet op de Arbeidsovereenkomst) pleitte in 1882 voor verdergaand overheidsingrijpen in de verhouding tussen kapitaal en arbeid, want “wil de Staat niet de zwakken zien ondergaan, dan moet hij nu en dan met beredeneerde maatregelen tusschen beide komen”.⁴⁶ Honderdvijfentwintig jaar later zijn de grenzen van beschermingsbehoefte verschoven en is de solidariteit tussen (individuele) werkgevers en werknemers op sommige punten te ver doorgeschoten. De tijd is nu rijp voor “beredeneerde maatregelen” die partijen de nodige marktvrijheid laten, aan (op de relevante punten) vergelijkbare werkenden een gelijke bescherming realiseren én die de juiste mate van solidariteit tussen werkgevers en werknemers, en tussen werkgevers en werkenden onderling vinden. Wij denken dat de kern van die maatregelen – onontkoombaar – zal moeten bestaan uit het loskoppelen van het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht.

Als sociale zekerheid een vangnet wordt voor alle werkenden, wordt het minder belangrijk of een werkende een arbeidscontract heeft of niet.⁴⁷ Een mogelijkheid die steeds vaker opduikt is de ook door Montebovi e.a. in dit nummer geopperde arbeidsongeschiktheidsregeling voor alle werkenden, waarmee de AAW als volksverzekering weer in ere hersteld zou kunnen worden. Een stevig collectief vangnet maakt het mogelijk om de zware belasting van de arbeidsovereenkomst te verlichten. Voor het verlichten van die arbeidsovereenkomst zal, denken wij, naast de genoemde loskoppeling van socialezekerheidsrisico's gezocht moeten worden in de hoek van de ontslagbescherming. Werkenden hebben een onverminderd gewichtig belang bij de bescherming van hun inkomen, en dat moet goed geregeld worden in verzekeringen voor werkenden. Het behoud van dezelfde baan is lang beschouwd als net zo belangrijk. Maar de generatie van millennials zal vermoedelijk minder dan voorgaande generaties gehecht zijn aan het behoud van dezelfde werkkring, gewend als velen zijn aan steeds verschuivende digitale sociale netwerken en de combinatie van meerdere klussen. Een uitruil tussen recollectivering van verzekering tegen inkomensverlies en een lichter regime voor ontslag zou daarom wel eens goed kunnen passen bij de werker van de 21ste eeuw. Als we de arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) in de 21^{ste} eeuw niet willen zien ondergaan, moet de wetgever nu tot actie overgaan.

⁴⁵ Vergelijk Peters 2016 (TRA 2016/32).

⁴⁶ H.L. Drucker. Rechtswetenschap en wetgeving (oratie Groningen), 1882.

⁴⁷ Vergelijk Klosse 2017, p. 225: “Het Scandinavische systeem zou als inspiratiebron kunnen dienen. Daarin zijn rechten en plichten namelijk gedefinieerd op het niveau van de burgers en niet gekoppeld aan het arbeidscontract.”