

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<https://hdl.handle.net/2066/225709>

Please be advised that this information was generated on 2021-09-20 and may be subject to change.

# Luidt de coronacrisis het einde van bewust ondernemerschap in?

TRA 2020/51

“Het zal voor heel veel zzp'ers een teruggang in inkomsten betekenen. Daar hebben zij ook een beetje zelf voor gekozen”, meldde minister Wiebes bij WNL op zondag. Het was 15 maart 2020; de economische gevolgen van de maatregelen om het coronavirus te beugelen, werden voor steeds meer werkenden voelbaar. Hij vervolgde: “De zzp'ers hebben zelf gezegd dat ze geen vast dienstverband willen. Deze mensen hebben zelf bewust dat risico genomen.”

Deze opmerking kwam Wiebes op vervolgen reacties te staan. De ergernis liep zo hoog op dat er scheldkanonnades volgden op social media. Er werd zelfs een afscheidsconcert voor Wiebes georganiseerd. Ook zzp-branchorganisaties haastten zich te zeggen dat veel zzp'ers helemaal niet zelf voor het ondernemerschap kiezen. Om hun werk te kunnen doen, moeten ze wel. Hoe anders was de publieke toon een paar weken eerder. Nadat de Commissie Borstlap het rapport ‘In welk land willen we werken’ aan minister Koolmees had aangeboden, kwam vanuit dezelfde hoek de kritiek dat de Commissie geen oog had voor bewust ondernemerschap. Het advies van de Commissie Borstlap – die de overheid adviseert niet de contractvorm maar de wijze van werken bepalend te laten zijn voor de kwalificatie ondernemer/werknemer – werd weggezet als paternalistisch en ouderwets. Zeven zzp-branchorganisaties presenteerden op 6 februari 2020 in een pamflet een alternatief. Bewust ondernemerschap moest de norm worden. Hiermee wordt bedoeld dat iedere werkende die stelt ondernemer te zijn als ondernemer moet worden gekwalificeerd.

Wiebes nuanceerde zijn opmerking twee dagen later tijdens een persconferentie van het kabinet. “De uitspraak over zzp'ers had een stuk handiger gekund”, aldus de minister. Snel hierna werd de Tijdelijke Overbruggingsregeling Zelfstandig Ondernemers (TOZO) aangekondigd. Dat de TOZO er moest komen, staat voor mij buiten kijf. De huidige noodsituatie is niet het moment om zzp'ers op hun verantwoordelijkheden te wijzen. Al lang voor de crisis was bekend dat de armoede onder zzp'ers toeneemt. Ook heeft juridisch en sociaaleconomisch onderzoek uitgewezen dat een substantieel aantal van de huidige zzp'ers werknemers zijn, maar deze kwalificatie niet kunnen of willen afdwingen. De invoering van de wet DBA – die zowaar onder leiding van Wiebes als toenmalig Staatssecretaris van Financiën tot stand kwam – heeft de situatie enkel gecompliceerd. Het kabinet heeft de zzp-problematiek te lang laten liggen en kan de zzp'ers nu niet in de kou laten staan.

De TOZO is positief ontvangen door de zzp-branchorganisaties. Dit neemt niet weg dat de ommezwaai in standpunt tot overdenking aanzet. De zzp'er die goed in staat is zelf een keuze te maken, is in economisch mindere tijden ingeruild voor de hulpeloze zzp'er die niets te kiezen heeft. Ik begrijp dat branchorganisaties de belangen van hun leden vertegenwoordigen, maar Nederland heeft behoefte aan een realistische visie op ondernemerschap. Een visie die passend is in goede en slechte economische tijden. Bewust ondernemerschap als afbakeningscriterium – zoals door de zzp-branchorganisaties voorgesteld – getuigt niet van een dergelijke realistische visie. Gemeenten zijn overspoeld door aanvragen op grond van de TOZO. Uiteraard: extreme tijden vergen extreme maatregelen, maar het is tekenend hoeveel zzp'ers bij een terugloop van opdrachten al zo snel financiële noodsteun nodig hebben. Uit recent onderzoek van TNO en CBS blijkt dat 20% van de zzp'ers het nog geen drie maanden volhoudt als de opdrachten wegvallen. Hier zitten zeker gedwongen zzp'ers tussen, maar laten we realistisch zijn: een aanzienlijk deel heeft voor de crisis bewust voor het ondernemerschap gekozen. Dit aantal zal enkel toenemen als bewust ondernemerschap het beslissende afbakeningscriterium wordt. Bewust ondernemerschap houdt geen rekening met economisch slechte tijden. De werkende zal in economisch goede tijden snel zijn verleid door het economische voordeel en de vrijheid die het ondernemerschap hem biedt. En bovendien: hoe is te achterhalen of het niet de werkverschaffer is die hem tot ‘zijn keuze’ heeft aangezet?

## Column



Prof. mr. F.G. Laagland

Bewust ondernemerschap vanuit het perspectief van de werkende is als afbakeningscriterium dus niet de oplossing, maar wat dan wel? Aan deze vraag valt de komende tijd niet te ontkomen. De kwetsbaarheid van het huidige systeem was al zichtbaar, maar is na de coronacrisis niet meer te ontkennen. De ratio van het onderscheid zelfstandige/werknemer is duidelijk. Een ondernemer heeft geen behoefte aan de bescherming van het arbeids- en socialezekerheidsrecht omdat hij werkt voor eigen rekening en risico, en in het verlengde, zelf zijn positie op de arbeidsmarkt bepaalt. Dat hiervan in een concreet geval sprake is blijkt uit het feit dat het werk onafhankelijk en zonder direct toezicht wordt verricht. De afbakeningscriteria moeten hierop worden afgestemd.

Dat brengt mij op de keerzijde van de medaille. In de afbakening moet evenmin ruimte zijn voor bewust ondernemerschap vanuit het perspectief van de werkverschaffer. Met andere woorden: de werkverschaffer die bepaalt dat de werkende een ondernemer is. Het huidige recht biedt die ruimte echter wel. Relevant is immers wie van de contractspartijen de verantwoordelijkheid draagt wat betreft scholing, (gevolgen van) ziekte, vakantie, werkruimte, gereedschappen/hulpmiddelen en aansprakelijkheid. Deze verantwoordelijkheid geldt van oudsher als belangrijke indicatie voor het drijven van een eigen onderneming en dus het werken voor eigen rekening en risico. De benadering stamt alleen wel uit een tijd dat met 'ondernemer' werd bedoeld op de arts, advocaat, ingenieur (Bles 1907 (deel I), p. 318). Dit type ondernemer trekt deze verantwoordelijkheden zelf naar zich toe. In de huidige dienstverlening met tal van lager geschoolde zzp'ers en tal van zzp'ers die van één opdrachtgever afhankelijk zijn, is dat veel minder het geval. Het is tegenwoordig dikwijls de werkverschaffer die bepaalt dat hij niet verantwoordelijk is voor scholing en gereedschappen en ook het ziekte- en aansprakelijkheidsrisico wordt graag bij de werkende neergelegd. De werkverschaffer kan via deze weg sturen of een werkende ondernemer of juist werknemer is. Zijn keuze om de verantwoordelijkheid niet zelf te dragen, levert immers een sterke indicatie op dat de werkende een ondernemer is. Deze uitkomst heeft iets paradoxaals. Het gaat om verantwoordelijkheden die het arbeidsrecht dwingendrechtelijk bij de werkgever legt. De werkende is dus als het ware dubbel de pineut. Hij moet én alle verantwoordelijkheid dragen die de werkverschaffer (dwingend) bij hem neerlegt én verliest als gevolg daarvan de bescherming van het arbeids- en socialezekerheidsrecht.

Als de coronacrisis ons iets leert is het dat het sociale recht niet voor niets een dwingendrechtelijk karakter heeft. Voor bewust ondernemerschap als afbakeningscriterium is daarbinnen geen plaats. Bepalend moet zijn de wijze waarop het werk wordt verricht. Relevante indicaties zijn naar mijn mening: i) het afwijkende type werk in vergelijking met de core-business van de werkverschaffer, ii) het aantal uren en de duur van de opdracht, iii) de vrijheid om de uren te werken wanneer en waar de werkende wil, iv) het zich tijdens het werk kunnen presenteren met zijn eigen bedrijf en v) het ontbreken van concrete werkinstructies. Enkel daaruit blijkt anno 2020 of de werkende daadwerkelijk het werk voor eigen rekening en risico verricht. De digitale webmodule die het Ministerie van SZW op dit moment ontwikkelt, zou op deze leest moeten worden geschoeid.

Tot slot. Het niet-hanteren van bewust ondernemerschap als afbakeningscriterium staat niet gelijk aan het ontbreken van keuzevrijheid. Er bestaat nog steeds een keuze tussen ondernemerschap en werknemerschap, maar deze keuze hangt samen met de wijze waarop het werk vorm en inhoud krijgt. Uiteraard zullen er ook dan ondernemers zijn die geen financiële buffer opbouwen voor economisch mindere tijden. Bij een juiste en duidelijke afbakening valt echter beter te beargumenteren dat dit nu eenmaal een kwestie is van ondernemersvrijheid en een risico dat daarmee samenhangt. We moeten op naar een toekomst waarin een opmerking als die van Wiebes niet langer tot scheldkanonnades en afscheidsconcerten leidt.