

# Reactie op concept regeling Wet minimumbeloning zelfstandigen en Wet op de zelfstandigenverklaring

mr. N.M.Q. van der Neut<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In de conceptwetsvoorstellen Wet minimumbeloning zelfstandigen (hierna: Wmz) en Wet zelfstandigenverklaring (hierna: Wzv) zijn twee maatregelen uitgewerkt die horen bij een breder pakket aan maatregelen op het gebied van (schijn)zelfstandigen. Deze voorstellen liggen in het verlengde van de groei van het aantal zelfstandigen, zijn (maatschappelijke - en rechts)positie en de onzekerheid die leeft onder de werkverschaffer (werkgever of opdrachtgever) en werkende (werknemer of zelfstandige) over het type arbeidsrelatie.

In het vervolg van dit schrijven wil ik een aantal kanttekeningen plaatsen bij zowel de Wmz als de Wzv. Volledigheid wordt hierbij niet beoogd. Voorts ga ik enkel in op de zaken die in de Wmz en Wzv uitgewerkt (hadden moeten) zijn. Zo worden de fiscale aspecten onbesproken gelaten. Dit geldt eveneens voor de al door anderen gemaakte (kritische) opmerkingen, zoals het risico dat het minimumtarief het maximum wordt.<sup>2</sup>

Voordat ik de aangekondigde kanttekeningen plaats, wil ik de noodzaak van de doelstelling van de Wmz onderschrijven en mijn bewondering uitspreken over de vele anti-misbruikbepalingen in beide regelingen. Ik vraag me echter af of de doelstelling van de Wmz niet op een andere, minder ingrijpende manier kan worden bereikt. Dit, in combinatie met de onduidelijkheid die op meerdere vlakken heerst, brengt mee dat ik mijn twijfels heb over (de huidige vorm van) de Wmz. Mijn bezwaren tegen de Wzv zijn van een (nog) fundamenteelere aard, waardoor ik – op zijn zachtst gezegd – sceptisch ben over de Wzv. De zojuist geuite aarzelingen worden hieronder achtereenvolgens toegelicht.

---

<sup>1</sup> Mr. N.M.Q. van der Neut is als promovendus verbonden aan de Universiteit van Amsterdam met als proefschriftonderwerp het individuele beschermingsniveau van de zelfstandige.

<sup>2</sup> Dit risico is o.a. aangekaart door Wilthagen (zie L. van der Leij & E. toe Laer, ‘Sceptis over zzp-voorstellen kabinet’, *FD* 24 juni 2019).

## 2. Wet minimumbeloning zelfstandigen (Wmz)

Sinds 2017 groeit het aantal zelfstandigen dat in armoede leeft, waarbij de zelfstandigen van alle werkenden in de leeftijd van 15 tot 75 jaar het grootste risico op armoede lopen.<sup>3</sup> In totaal leeft 8,6% van de zzp-huishoudens in armoede, terwijl dit percentage bij werknemers aanmerkelijk lager ligt met 1,6%.<sup>4</sup> De belangrijkste oorzaak van (het risico op) armoede bij zzp-huishoudens is een laag uurtarief.<sup>5</sup> Het doel van de Wmz is dan ook om meer bescherming tegen armoede te bieden aan de groep kwetsbare zzp'ers aan de onderkant van de markt.<sup>6</sup> Om dit doel te bereiken wordt een minimumtarief van € 16 per uur ingevoerd. Dit tarief is zo berekend dat het bestaansminimum wordt gegarandeerd. Het minimumtarief is van toepassing op: (i) een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling, (ii) waarbij tegen beloning (iii) arbeid wordt verricht en (iv) de overeenkomst is gesloten tussen een zakelijke of particuliere opdrachtgever<sup>7</sup> en een zzp'er<sup>8</sup>.

In deze paragraaf licht ik toe waarom ik mijn twijfels heb over (de huidige vorm van) de Wmz. Een aantal punten die ik hierbij bespreek, zijn enigszins van een gedetailleerd niveau. De reden van de bespreking hiervan is gelegen in het feit dat deze punten ook bij een eventueel nieuw voorstel de revue kunnen passeren. Ik sluit deze paragraaf af met een subparagraaf over hoe wellicht hetzelfde resultaat kan worden bereikt op een minder ingrijpende manier.

### 2.1 Territoriale reikwijdte

De verplichting om het minimumtarief van € 16 per uur te betalen geldt voor de werkzaamheden die in Nederland worden uitgevoerd. Deze verplichting kan ook van toepassing zijn op arbeid die buiten de Nederlandse grenzen wordt verricht, mits (i) de zelfstandige in Nederland woont en (ii)

<sup>3</sup> CBS, 'Armoederisico in 2017 toegenomen', 13 februari 2019.

<sup>4</sup> CBS, 'Armoede en sociale uitsluiting', 17 januari 2018.

<sup>5</sup> CBS, 'Armoede en sociale uitsluiting', 17 januari 2018.

<sup>6</sup> Algemeen deel MvT Wmz en Wzv, p. 9.

<sup>7</sup> Een zakelijke opdrachtgever is een persoon die een opdracht verstrekt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Onder een particuliere opdrachtgever wordt verstaan een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

<sup>8</sup> Voor de toepasselijkheid is niet relevant of de zzp'er een natuurlijk persoon of rechtspersoon is. Dit geldt ook voor de gekozen rechtsvorm, evenals de leeftijd van de zelfstandige. Zonder hier verder op in te gaan, vraag ik me af of de nv, gelet op het startkapitaal van € 45.000, geen uitzondering verdient.

zijn opdrachtgever in Nederland woont of is gevestigd. Waar de Wmz echter onduidelijkheid over laat bestaan, is de situatie waarin één van de partijen niet-Nederlands is en de werkzaamheden zowel in Nederland als over de grens worden verricht. In de memorie van toelichting is te lezen dat als de zelfstandige ‘(...) zijn arbeid (vrijwel geheel) buiten Nederland vervult (...)’<sup>9</sup>, dit buiten de werkingssfeer van de Wmz valt. De memorie van toelichting zwijgt over wat onder ‘vrijwel geheel’ moet worden verstaan. Is dit 5%, 10%, 20% of een ander percentage? Of moet deze norm worden ingevuld door de rechtspraak? Het is aanbevelingswaardig als hieromtrent duidelijkheid wordt verschaft.

## 2.2 Onzekere in de toekomst gelegen beloning

Als de zelfstandige en opdrachtgever geen afspraken hebben gemaakt over de termijn van facturatie, is de zelfstandige verplicht telkens uiterlijk op de vijftiende dag van de maand volgend op de maand waarin de arbeid is verricht, een factuur te verstrekken met – kort gezegd – een kosten- en urenoverzicht. Partijen kunnen hiervan afwijken indien de arbeid plaatsvindt in meer dan één kalendermaand. Volledig vrij zijn de partijen niet, aangezien de zelfstandige ten minste iedere drie maanden dient te factureren. Uit deze factuur moet blijken dat de zelfstandige minstens € 16 per uur in rekening brengt. Het lijkt er zodoende op dat bij elke facturatie het minimumtarief moet worden behaald (en betaald) en ook onzekere beloningen in de toekomst, zoals royalty’s, hieraan verbonden zijn. Als deze veronderstelling klopt, zou dit voor een aantal zelfstandigen vergaande gevolgen (kunnen) hebben.

Stel, een grafisch vormgever ontwerpt in januari 2021 een kافت van een boek voor een startup.<sup>10</sup> Deze startup heeft weinig startkapitaal en heeft daarom de grafisch vormgever een bedrag van € 1 per verkocht exemplaar aangeboden. De grafisch vormgever denkt ongeveer 10 uren kwijt te zijn aan het ontwerpen van de kافت. Gelet op de geringe arbeidsuren en het geloof in het project stemt de grafisch vormgever in met de aangeboden vergoeding. Bovendien heeft hij de laatste jaren meerdere van dit soort projecten gedaan met een gemiddelde omzet van € 15.000 per jaar. Daar komt bij dat hij met andere opdrachten (‘uurtje-factuurtje’) een gemiddelde omzet van €

<sup>9</sup> MvT Wmz, p. 20.

<sup>10</sup> Hierbij ga ik ervan uit dat de zelfstandige niet valt onder art. 4 lid 1 Wmz, waar wordt verwezen naar art. 25c Auteurswet.

23.000 per jaar behaalt.<sup>11</sup> Deze zelfstandige komt hierdoor zelfs zonder de projecten waarbij de definitieve beloning nog niet vaststaat duidelijk boven het bestaansminimum. Toch lijken de partijen niet de ruimte te hebben een overeenkomst te sluiten onder de genoemde voorwaarden.<sup>12</sup> Vanwege de naamsonbekendheid van de startup ligt het namelijk niet voor de hand dat in de drie maanden volgend op de verrichte arbeid van de grafisch vormgever 160 exemplaren worden verkocht, waardoor de grafisch vormgever met € 1 per verkocht exemplaar in deze periode niet uitkomt op een gemiddelde van minstens € 16 per uur. Ook bestaat de mogelijkheid dat tussen het ontwerpen van de kaft en het uitgegeven van het boek een lange periode zit, bijvoorbeeld een jaar. Dit zou betekenen dat de zelfstandige – conform de afspraken – over deze periode, direct volgend op zijn werkzaamheden, geen beloning zal ontvangen, hetgeen wederom niet mogelijk lijkt te zijn met het oog op het minimumtarief.

De Wmz kent geen uitzonderingen op dit gebied. Het is raadzaam enige ruimte te creëren voor maatwerk. Dit kan op meerdere manieren worden gerealiseerd. Ik noem twee voorbeelden, waarbij ik wil benadrukken dat er veel meer mogelijkheden zijn dan deze twee opties. Het eerste voorbeeld waaraan kan worden gedacht, is de introductie van een bepaling à la art. 7:291 lid 2-3 BW. Deze bepaling uit het huurrecht schrijft voor dat een afwijking slechts is toegestaan indien de rechter hiervoor goedkeuring heeft verleend. De toets die de rechter bijvoorbeeld zou kunnen hanteren, is dat de maatschappelijke positie van de zelfstandige zodanig is dat hij de bescherming van het minimumtarief niet behoeft. Hierbij zou de rechter kunnen kijken naar de ervaring van de zelfstandige, zijn te verwachten jaaromzet en de hoogte van de royalty. Een andere mogelijkheid zou bijvoorbeeld de invoering van een mechanisme kunnen zijn zoals het concurrentiebeding bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dat kent. In art. 7:653 lid 2 BW is bepaald dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd slechts mogelijk is “(...) indien uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.”

---

<sup>11</sup> In dit voorbeeld had ook kunnen staan dat de grafisch vormgever, naast de werkzaamheden als zelfstandige, een arbeidsovereenkomst heeft en met alleen deze werkzaamheden al (ruim) boven het bestaansminimum komt.

<sup>12</sup> Hierbij ga ik ervan uit dat de startup geen risico wil lopen het minimumtarief te moeten betalen, terwijl er nog geen boek is verkocht.

## 2.3 Administratieve lasten

De administratieve lasten nemen met de Wmz zowel voor de zelfstandige als de opdrachtgever toe. De bedoeling hierachter is dat de opdrachtgever en Inspectie SZW, die belast is met het toezicht op de naleving van de Wmz, kunnen controleren of het minimumtarief wordt gedeclareerd. De administratieve lasten staan zodoende in dienst van de 8,6% zzp-huishoudens die qua inkomen onder het bestaansminimum komen. De overige 91,4% zelfstandigen worden ook door deze regels geraakt. Dit zal voor velen als onrechtvaardig voelen. De reden dat ook deze grote groep zelfstandigen onderhevig wordt gemaakt aan de administratieve lasten, is in mijn ogen tweeledig: (i) dit vormt een anti-misbruikbepaling en (ii) op deze manier stijgt het verschil tussen de zelfstandige aan de bovenkant niet (nog meer) met de zelfstandige aan de onderkant. Tussen de twee netgenoemde elementen enerzijds en de toename van de administratieve lasten voor alle zelfstandigen anderzijds moet een belangenafweging plaatsvinden. Hoewel ik de toename van de administratieve verplichtingen (veel) te ver vind gaan, laat ik een gemotiveerde beoordeling van deze belangenafweging achterwege, omdat ik ervan uitga dat deze afweging (zorgvuldig) is gemaakt en is uitgekomen op: de (grote groep) goeden moeten onder de (kleine groep) kwaden lijden. Mocht mijn vermoeden ten aanzien van de (zorgvuldige) belangenafweging niet stroken met de werkelijkheid, dan raad ik aan deze afweging alsnog te maken. Het aspect dat ik in het kader van de administratieve lasten wel kritisch tegen het licht houd, heeft betrekking op de administratieve verplichtingen van particuliere opdrachtgevers.

Ondanks dat de verplichtingen van de particuliere opdrachtgever, waaronder de administratieve lasten, minder stringent zijn dan die van de zakelijke opdrachtgever, wordt de particuliere opdrachtgever in de Wmz onderworpen aan bepaalde, in mijn ogen te ingrijpende verplichtingen met de toename van de regeldruk als gevolg. Als de Wmz als wetsvoorstel wordt ingediend, ben ik het er volledig mee eens dat deze ook van toepassing moet zijn op de relatie tussen de zelfstandige en de particuliere opdrachtgever,<sup>13</sup> maar de beoogde bescherming van de

---

<sup>13</sup> Zie voor de uiteenzetting waarom het minimumtarief ook geldt in de relatie tussen een zzp'er en een particuliere opdrachtgever Algemeen deel MvT Wmz en Wzv, p. 17 en 18.

administratieverplichting van de particuliere opdrachtgever kan naar mijn mening ook met minder vergaande verplichtingen worden bereikt. De administratieverplichting van de particuliere opdrachtgever gedurende zeven jaar lang zal ik dan ook laten varen en in plaats daarvan een wegwijsplicht invoeren. Dit fenomeen kent het algemene vermogensrecht al in art. 3:87 BW en zal voor de particuliere opdrachtgever meebrengen dat hij zeven jaar lang gegevens moet kunnen verschaffen die nodig zijn om de zelfstandige te kunnen vinden. Als de particuliere opdrachtgever de factuur giraal heeft betaald, zal bij een controle het overhandigen van de naam en het rekeningnummer van de zelfstandige in beginsel voldoende zijn. De zelfstandige dient vervolgens de offerte en het kosten- en urenoverzicht te kunnen overleggen waaruit blijkt dat ten minste het minimumtarief in rekening is gebracht. Dit zou ook beter aansluiten bij de Regeling dienstverlening aan huis, waar in de memorie van toelichting het volgende is te lezen:

“Particuliere opdrachtgevers hoeven zich door de regeling dienstverlening aan huis geen zorgen te maken over administratieve of financiële lasten die door de overheid kunnen worden opgelegd.”<sup>14</sup>

## 2.4 Onjuiste berekening door declarabiliteit zzp-uren

In de berekening van de hoogte van het minimumtarief is onder andere rekening gehouden met het feit dat de zelfstandige niet alle uren die hij werkt, ook daadwerkelijk bij de opdrachtgever in rekening kan brengen. Gemiddeld kan de zelfstandige 67% van zijn besteedde uren declareren.<sup>15</sup> Voor zover ik de memorie van toelichting juist lees, maak ik hieruit op dat in de berekening van de hoogte van het minimumtarief de netgenoemde 67% is meegenomen. Dit percentage is echter afkomstig uit 2012,<sup>16</sup> waarin dus nog geen rekening is gehouden met de verhoging van de administratieve lasten. Dit terwijl in de memorie van toelichting het volgende is te lezen:

“Op basis van dit wetsvoorstel treden wel wijzigingen op, die leiden tot regeldruk. Zelfstandigen zullen altijd inzicht moeten geven in de gemaakte kosten en bestede uren voor de opdracht. (...) Dit is een verandering van werkwijze voor zelfstandigen die gewend zijn om op basis van een

<sup>14</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 30 804, 3, p. 7.

<sup>15</sup> Algemeen deel MvT Wmz en Wzv, p. 12.

<sup>16</sup> Algemeen deel MvT Wmz en Wzv, p. 12.

totaalprijs te werken. Het communiceren over en de administratieve vastlegging van de medegedeelde tarieven aan opdrachtgevers leidt tot een stijging van de regeldruk.”<sup>17</sup>

Het is naar mijn mening onvermijdelijk dat moet worden onderzocht in hoeverre de Wmz gevolgen heeft voor het percentage gedeclareerde uren. Als uit dit onderzoek blijkt dat het declarabiliteitspercentage naar verwachting anders zal worden door de invoering van de Wmz, dan ligt het mijns inziens voor de hand dat wordt bekeken of dit gevolgen heeft voor de hoogte van het minimumtarief.

## 2.5 Minder vergaand hetzelfde resultaat

Het doel van de Wmz is het terugdringen van armoede onder de zzp-huishoudens. Het valt niet uit te sluiten dat deze doelstelling ook kan worden bereikt als de kwalificatieproblematiek (deels) wordt opgelost. Zo is de kans aanwezig dat een (groot) deel van de zzp’ers die onder de armoedegrens leeft, in werkelijkheid een werknemer is en zodoende veel bescherming toekomt. Dit betekent niet dat ik van mening ben dat bijna alle zelfstandigen een arbeidsovereenkomst zouden moeten hebben. Het is echter juist ook voor de zelfstandigen van belang dat de ‘echte’ ondernemers worden onderscheiden van de groep ‘schijnondernemers’, beter bekend onder de noemer ‘schijnzelfstandigen’. Op deze wijze wordt voorkomen dat de ‘echte’ ondernemers onderhevig worden gemaakt aan wetgeving waar (haast) niemand binnen deze groep op zit te wachten. Daar komt bij dat minister Koolmees, al dan niet bewust, zelf hier al een voorschot op heeft genomen. Op LabourLawLands zei hij namelijk het volgende:

“De komende periode moeten we ook de langlopende discussie beslechten over de vraag voor welke klus een zzp-er kan worden ingehuurd en voor welk werk een werknemer. Vinden we een docent een ondernemer? Een machinist? Een dirigent? Het is nodig om helderheid te kunnen bieden en misstanden tegen te gaan.”<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Algemeen deel MvT Wmz en Wzv, p. 51.

<sup>18</sup> De gehele speech is te raadplegen via <https://www.nieuwsszw.nl/koolmees-de-zzp-er-bestaat-niet-de-werknemer-ook-niet/>.

Toegegeven, het voorgaande is makkelijker gezegd dan gedaan. De grootste uitdaging zit in controle, handhaving en uitvoering, maar deze problemen spelen ook bij de Wmz vanwege haar complexiteit. Bovendien vraag ik me af of de Wmz (voldoende) past binnen een bredere kijk op de toekomstbestendigheid van het arbeidsrecht, sociale zekerheid en fiscaliteit. Daarom stel ik voor te wachten op het advies van de Commissie Regulering van werk, ook wel bekend onder de naam Commissie Borstlap, die zich momenteel buigt over deze vraagstukken. Wachten is niet hetzelfde als stilzitten. Op dit punt deel ik dan ook de mening van de NBBU: laat in sectorale pilots alvast verschillende varianten testen.<sup>19</sup>

### 3. Wet op de zelfstandigenverklaring (Wzv)

De regering vindt het belangrijk “(...) dat zelfstandigen om de juiste redenen kiezen voor het ondernemerschap en dat opdrachtgevers zich niet laten weerhouden om zelfstandigen een opdracht te geven vanwege onduidelijkheid over mogelijke gevolgen ten aanzien van de status van de arbeidsrelatie.”<sup>20</sup> In dit kader komt de regering met een aantal maatregelen, namelijk (i) de opdrachtgeversverklaring, (ii) de verduidelijking van het begrip ‘gezag’ en (iii) de zelfstandigenverklaring.<sup>21</sup> De Wzv voorziet enkel in een uitwerking van de zelfstandigenverklaring. Om deze reden komt in het navolgende alleen deze maatregel ter sprake.

De zelfstandigenverklaring biedt de bovenkant van de markt de mogelijkheid om maximaal een jaar de zekerheid te verkrijgen dat de werkende zijn werkzaamheden als zelfstandige verricht. Om in aanmerking te komen voor een zelfstandigenverklaring moet zijn voldaan aan de volgende voorwaarden: (i) in de overeenkomst is opgenomen dat partijen de bedoeling hebben geen arbeidsovereenkomst te sluiten, (ii) de werkende moet minstens € 75 per uur declareren, waarbij de factuur tevens tijdig moet worden voldaan, (iii) de werkzaamheden worden aangegaan voor maximaal een jaar,<sup>22</sup> (iv) de werkende moet als zelfstandige staan ingeschreven

<sup>19</sup> Zie voor een verdere uiteenzetting de reactie van de NBBU op deze internetconsultatie.

<sup>20</sup> Algemeen deel MvT Wmz en Wzv, p. 33.

<sup>21</sup> Algemeen deel MvT Wmz en Wzv, p. 34.

<sup>22</sup> Dit betekent niet dat een zelfstandige voor nog maar maximaal een jaar een opdracht kan uitvoeren. Het is nog steeds mogelijk dat een zelfstandige een bepaalde opdracht bijvoorbeeld drie jaren lang uitvoert; de consequentie is alleen dat de partijen dan niet de zekerheid hebben dat de werkende (alle jaren) als zelfstandige wordt



bij de Kamer van Koophandel, (v) de partijen moeten voor aanvang van de werkzaamheden de verklaring hebben ondertekend en (vi) beide partijen voldoen aan de in de Wzv gestelde administratieve vereisten. Als door de partijen wordt voldaan aan de zojuist genoemde voorwaarden, hebben zij maximaal een jaar de zekerheid dat de werkende zijn werkzaamheden als zelfstandige verricht, ook als achteraf blijkt dat de werkende in feite een werknemer was. Op basis van deze verklaring worden de partijen op voorhand gevrijwaard voor: loonbelasting, inkomstenbelasting, premie voor de volksverzekeringen, premies voor de werknemersverzekeringen, inkomensafhankelijke bijdrage voor de Zorgverzekeringswet, werknemersverzekeringen en het arbeidsrecht, met uitzondering van een aantal Europese en internationale rechten.

In het vervolg van deze paragraaf zet ik uiteen waarom ik – op zijn zachtst gezegd – sceptisch ben over de Wzv. Anders dan bij de Wmz bespreek ik de Wzv niet op een gedetailleerd niveau. De reden hiervoor is dat mijn bezwaren tegen de Wzv van een dusdanig fundamentele aard zijn dat aanpassingen op details mijn bedenkingen niet kunnen wegnemen.

### 3.1 Ondergraving solidariteit

Met een zelfstandigenverklaring worden de partijen voor maximaal een jaar van allerlei zaken gevrijwaard. Ook als de werkende voldoet aan de materiële criteria van een arbeidsovereenkomst, te weten: loon, arbeid en gezag, wordt hij een jaar lang als zelfstandige aangemerkt indien hij voldoet aan de gestelde voorwaarden met betrekking tot de zelfstandigenverklaring. Deze vrijwaring zal mijns inziens leiden tot problemen voor het sociale stelsel. Als een werkende van baan wisselt en hij bij zijn nieuwe werk in principe op basis van een arbeidsovereenkomst zal werken, maar hij, om welke reden dan ook, kiest voor het zzp-schap via een zelfstandigenverklaring, brengt dit de ondergraving van de solidariteit van het sociale stelsel mee. Zeker nu deze werkende normaliter veel belasting en premies zal afdragen, hij moet immers minstens € 75 per uur declareren, komt op deze manier het sociale stelsel onder druk te staan. Bovendien vormt dit in zekere mate een inbreuk op het draagkrachtbeginsel.

---

aangemerkt. Hierbij zijn twee situaties te onderscheiden: (i) de overeenkomst wordt aangegaan voor maximaal een jaar en wordt vervolgens verlengd of (ii) de overeenkomst wordt aangegaan voor een langere periode dan een jaar. Slechts in de eerste situatie is een zelfstandigenverklaring mogelijk.

### 3.2 Verschillende werkenden met verschillende rechtsregels

Door de zelfstandigenverklaring komt er als het ware een nieuwe categorie werkenden bij: de werkende met een zelfstandigenverklaring. Binnen deze categorie kan weer onderscheid worden gemaakt tussen de werkende die echt zelfstandige is en de werkende die volgens Europees recht werknemer is. De laatste categorie werkende is geen werknemer in de zin van art. 7:610 BW, maar wordt in de Wzv gekwalificeerd als werknemer naar Europees recht als bedoeld in art. 45 VWEU. Deze werkende is werkzaam op basis van een zogenoemde ‘opt-out-overeenkomst’. Dit betreft enkel de werkende die zonder zelfstandigenverklaring als werknemer door het leven zou gaan. De werkende met een zelfstandigenverklaring die zonder zelfstandigenverklaring ook als zelfstandige zou worden aangemerkt, heeft dus geen ‘opt-out-overeenkomst’.

Met een opt-out-overeenkomst heeft de werkende een basisregime aan arbeidsrechtelijke bescherming, voortvloeiend uit Europese of internationale verplichtingen. Voorbeelden hiervan zijn de loonaanspraak bij zwangerschap of bevalling (art. 7:629 BW), het recht op vakantie (art. 7:634 e.v. BW), het recht om mee te gaan bij een overgang van onderneming (art. 7:662-666 BW) en de bescherming van een aantal opzegverboden (art. 7:670 lid 2, 7 en 8 BW). Ook zijn sommige wetten of bepaalde onderdelen daarvan van overeenkomstige toepassing, zoals de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) en Wet melding collectief ontslag (WMCO). Op deze werkende is zodoende een soort ‘arbeidsrecht light’ van toepassing. Dit is het gevolg van het feit dat de zelfstandigenverklaring de mogelijkheid biedt een werkende voor maximaal een jaar als zelfstandige te bestempelen, terwijl deze werkende in werkelijkheid een werknemer is. Om toch te voldoen aan Europese en internationale afspraken moet de werkende met een zelfstandigenverklaring die naar Europees recht werknemer is, daarom bepaalde arbeidsrechtelijke bescherming genieten. Hierdoor ontstaat de paradoxale situatie dat deze werkende afstand doet van zijn arbeidsrechtelijke bescherming in ruil voor bijvoorbeeld flexibiliteit (en fiscale voordelen), maar vervolgens toch geniet van een deel van de arbeidsrechtelijke bescherming.

Nadat de maximumduur van de zelfstandigenverklaring is verstreken, bestaat de kans dat de werkende de opdracht nog niet heeft volbracht. De partijen hebben dan de mogelijkheid de samenwerking voort te zetten. Ook nu ontstaat er een vreemde situatie ten aanzien van de werkende met een zelfstandigenverklaring die naar Europees recht werknemer is: de rechten en plichten van de partijen worden namelijk hoe dan ook anders dan tijdens de opt-out-overeenkomst. Waar tijdens de looptijd van de opt-out-overeenkomst het ‘arbeidsrecht light’-regime van toepassing was, heeft de werkende daarna alles (werknemer) of niets (zelfstandige) qua arbeidsrechtelijke bescherming. Als de werkende zijn flexibiliteit (en fiscale voordelen) wil behouden, moeten de werkverstrekkende en werkende op een andere voet met elkaar omgaan, aangezien anders een arbeidsovereenkomst ontstaat. De creatie van dit nieuwe type werkende, de werkende met een zelfstandigenverklaring die naar Europees recht werknemer is, maakt het systeem in mijn ogen ondoorzichtiger dan hij momenteel is. De introductie van nieuwe termen en grenzen zal leiden tot nieuwe onduidelijkheden en discussies. En laat nou precies dat niet de bedoeling zijn.