

De zzp'er verdient betere bescherming maar welke bescherming precies?

Een pleidooi voor de aanpassing van titel 6.3.4 BW

1. De zzp'er als doelwit van oneerlijke handelspraktijken

Het kan u niet zijn ontgaan: dubieuze handelaren hebben het gemunt op de zelfstandige zonder personeel. In het nieuws was recent volop aandacht voor de onheuse bejegening van de zzp'er door energiemaatschappijen,¹ maar ook door leveranciers van internetdiensten, reclamebureaus en kredietverstrekkers.² De 'ver-zzp-ing'³ van Nederland gaat de laatste jaren gepaard met een toename aan grootschalige misstanden. Wie ingeschreven staat bij de Kamer van Koophandel wordt vaak actief benaderd per telefoon of thuis en aangespoord om een zakelijk contract te sluiten. Behalve de kleine ondernemer is ook het bestuurslid van een stichting of vereniging regelmatig de dupe van misleidende en agressieve handelspraktijken. Deze kleine 'professionals' genieten beduidend minder bescherming dan consumenten. Consumenten hebben bijvoorbeeld een bedenktijd als ze telefonisch worden benaderd. De regels zijn voor kleine ondernemers maar ook stichtingen en verenigingen veel soepeler. Omdat zij evenwel, qua juridische kennis en onderhandelingsmacht, op de consument lijken, vormen zij een aantrekkelijke prooi.

2. Welke bescherming geniet de zzp'er tegen oneerlijke bedingen en handelspraktijken?

Vooropgesteld zij, dat in veel gevallen helemaal geen sprake is van een zakelijke overeenkomst.⁴ De loodgieter die stroom afneemt voor zijn woonhuis of een krediet afsluit om de plaatsing van een dakkapel mee te financieren, sluit geen overeenkomst in het kader van zijn beroep of bedrijf. Hij (of zij) handelt voor privédoeleinden en is dus consument.⁵ Ook al wordt de stroom gebruikt om de apparatuur op te laden en de administratie bij te werken, het handelsoogmerk neemt dan niet de overhand binnen de globale context van de overeenkomst. Zelfs met een bedrijf aan huis, in de zin dat er echt alleen thuis wordt gewerkt, is de zzp'er wat betreft zijn energiecon-

tract nog steeds consument indien het privégebruik van energie overheerst.⁶

De kleine professional die niet overwegend voor privédoeleinden als consument handelt, geniet wel enige bescherming, met name op het terrein van de algemene voorwaarden. Zo komt hem of haar een beroep toe op de reflexwerking van de lijsten onredelijk bezwarend vermoede en geachte bedingen. In het bijzonder ten opzichte van energieleveranciers geniet de kleine ondernemer als kleinverbruiker een zekere mate van bescherming tegen onredelijke en niet-transparante algemene voorwaarden. De zzp'er kan zich rechtstreeks beroepen op de grijze en zwarte bedingen uit de Gas- en Elektriciteitswet (art. 26a en 95b Elektriciteitswet 1988 en art. 14 en 44 Gaswet).⁷ Ook dienen de algemene voorwaarden begrijpelijk te zijn en moeten zij van tevoren worden verstrekt (art. 95m Elektriciteitswet en art. 52b Gaswet). Een schending van deze bepalingen leidt tot de vernietigbaarheid van de contractvoorwaarden. Aan de strijd met het transparantiebeginsel is, anders dan in afdeling 6.5.3 BW, een directe vernietigingssanctie verbonden (vgl. art. 6:238 lid 2 BW). De hoge opzegboetes waar recent zoveel om te doen is geweest, maken onderdeel uit van de algemene voorwaarden en zijn voorts begrensd door de Richtsnoeren Redelijke Opzegvergoedingen Vergunninghouders.⁸

Waar het aankomt op de bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken is het beeld minder rooskleurig. Zo heeft de kleinverbruiker van energie zijn bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken prijs moeten geven bij de omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelsprak-

* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder consumentenrecht, Rijksuniversiteit Groningen en redactievoorzitter van dit tijdschrift

1. Zie www.vpro.nl/argos/media/afleveringen/2018/ZZP-ers-als-prooi-.html; <https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2271503-ondernemers-dupe-van-torenhoge-opzegboetes-zakelijke-energiemarkt.html>.
 2. Zie www.volkskrant.nl/economie/scandinavische-schuldenindustrie-richt-zich-met-woekerrentes-op-nederlandse-zzp-er-be7583ae/ en www.groene.nl/artikel/grote-plannen-hoge-rentes.
 3. Term ontleend aan: www.zzpinside.nl/zzp/nieuws/%E2%80%9Cver-zzp-ing%E2%80%9D-kan-zich-in-de-toekomst-snel-uitbreiden/2101.
 4. De ACM benadrukte dit onlangs terecht: www.acm.nl/nl/publicaties/geef-ondernemers-een-woonhuis-energie-tegen-consumentenvoorwaarden.
 5. Een consument is 'iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen'. Over deze definitie uitgebreid: M.Y. Schaub, 'Wie is consument?', *TvC* 2017, afl. 1, p. 31-41.
 6. Overweging 17 considerans bij de Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU).
 7. Zie hierover H.N. Schelhaas, 'Bescherming voor de zelfstandige zonder personeel in het contractenrecht', *AA* 2018, afl. 9.
 8. Deze zijn te vinden op: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0033394/2013-04-01>.

tijken.⁹ Het maximum harmonisatiekarakter van de richtlijn heeft de wetgever doen besluiten om de bepalingen ter bescherming van de consument-kleinverbruiker uit de Elektriciteits- en Gaswet te verhuizen naar de nieuwe regeling OHP in het Burgerlijk Wetboek.¹⁰ Dat de eveneens door deze bepalingen beschermde zakelijke kleinverbruiker hiervan de dupe zou zijn, nam de wetgever voor lief. Hij of zij valt immers niet onder het beschermingsbereik van de Europese richtlijn. Ook MKB-Nederland achtte het schrappen van deze bepalingen destijds niet bezwaarlijk. Daarnaast geldt dat aan de buitengewoon gedetailleerde bepalingen inzake misleidende en agressieve handelspraktijken uit de nieuwe regeling OHP geen reflexwerking toekomt. Het lijkt inmiddels vaste rechtspraak dat de regeling OHP de kleine ondernemer weinig te bieden heeft (evenmin als de regeling koop op afstand¹¹).¹²

De ACM deed op 3 april jl. dan ook een oproep aan de wetgever om de wettelijke bescherming voor consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken uit te breiden naar zzp'ers.¹³ U zult wellicht denken, had deze uitbreiding niet al (deels) plaatsgevonden met de totstandkoming van de Wet Acquisitiefraude en de invoering van het gewijzigde art. 6:194 BW in 2016? De uitbreiding van art. 6:194 BW is destijds ingegeven door het verschijnsel 'acquisitiefraude'¹⁴ en de onmogelijkheid voor kleine zakelijke partijen om hiertegen op te komen. Zij zou een einde maken aan misleidende handelspraktijken jegens kleine ondernemers. Niets blijkt minder waar.

3. Waarom kleine ondernemers niets hebben aan het gewijzigde art. 6:194 BW

De uitbreiding van de regeling OHP tot de b2b-verhouding bleef beperkt tot misleidende praktijken en omissies. Zij betrof niet de agressieve handelspraktijken. Evenmin zijn de bevoegdheden van de ACM uitgebreid. Op de naleving van deze wet vindt dus geen toezicht plaats, hetgeen haar effectiviteit sterk beperkt. Niet in de laatste plaats is ook de aan de normschending gekoppelde sanctie inadequaat gebleken. Reeds ten tijde van de invoering van de wet gaf ik aan dat de invoering van art. 6:194 BW zonder gelijktijdige invoering van een vernietigingsactie zoals opgenomen in art. 6:193j lid 3 BW weinig toegevoeg-

de waarde had.¹⁵ Dat de bewijslast – overeenkomstig art. 6:195 lid 1 BW – bij de verkoper wordt gelegd, zou volgens de indieners van het voorstel ertoe dienen dat 'gedupeerden eenvoudiger onder de overeenkomst uit kunnen komen'.¹⁶ Ik citeer uit de memorie van toelichting:

'Met de in deze wet geïntroduceerde leden 2 en 3 van artikel 6:194 BW zullen acquisitiefraude, alsook overeenkomsten welke tot stand zijn gekomen als gevolg van dergelijke [misleidende, toevoeging CMDSP] praktijken, voortaan te boek staan als onrechtmatig en kan door een gedupeerde ondernemer bij de rechter een vruchtbaar beroep worden gedaan op het niet rechtsgeldig zijn van een op dergelijke wijze tot stand gekomen contract. Daaruit voortvloeiend dient een gedupeerde ondernemer aldus van contractuele verplichtingen te kunnen worden ontheven alsmede schadeloos te kunnen worden gesteld.'¹⁷

Van het ontheffen van contractuele verplichtingen komt evenwel niets terecht zonder aan art. 6:194 BW een contractuele sanctie te verbinden, hetgeen niet is gebeurd. De gedupeerden blijven voor de vernietiging van de overeenkomst afhankelijk van de wilsgebrekenregeling. Er is tot op heden geen rechtspraak gepubliceerd waaruit blijkt dat de nieuwe bepaling gedupeerden de beloofde extra bescherming biedt. Een beroep op art. 6:194 BW is een beroep op onrechtmatige daad en niet een beroep op ontbinding of vernietiging. Een onrechtmatige daad in de precontractuele fase loopt mogelijk samen met dwaling maar het gaat om verschillende rechtsgronden. De bewijslast is alleen versoepeld bij een beroep op art. 6:194 BW. De rechter koppelt de tegemoetkoming in de bewijslast niet zomaar aan de wilsgebrekenregeling, zo blijkt uit een recent arrest van het Hof Amsterdam. Kanttekening verdient wel dat deze zaak geen zzp'er of kleine ondernemer betrof.

'3.4.2. De voorzieningenrechter heeft in overweging 4.10 van het bestreden vonnis – anders dan Badman met een beroep op het bepaalde in art. 6:195 lid 1 BW betoogt – met juistheid overwogen dat de stelplicht en de bewijslast ten aanzien van de gestelde dwaling op Badman rusten. Daargelaten of de artikelen 6:194 en 6:195 lid 1 BW beogen de belangen van Badman in een geval als het onderhavige te beschermen, de in laatstgenoemde wetsbepa-

9. *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, 3, p. 19-20.

10. Het ging om het bepaalde in art. 52b lid 1, 6 en 7 Gaswet en art. 95m lid 1, 6 en 7 Elektriciteitswet 1998. De overige bepalingen van art. 52b Gaswet en art. 95m Elektriciteitswet 1998 die strekken ter bescherming van kleinverbruikers bleven gehandhaafd. Zij vloeien voort uit Richtlijn 2003/55/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (*PbEG*, L 176), respectievelijk Richtlijn 2003/54/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (*PbEG*, L 176).

11. HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996.

12. 'Annotatie C.M.D.S. Pavillon bij Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3884', *TvC* 2014, afl. 6, p. 291-295.

13. Signaal 2019, 'Consumentenbescherming in een veranderende maatschappij', 3 april 2019.

14. 'Onder acquisitiefraude wordt verstaan misleidende handelspraktijken tussen organisaties, waarbij verkooptechnieken worden gebruikt gericht op het winnen van vertrouwen en het wekken van verwachtingen teneinde de ander te bewegen tot het aangaan van een overeenkomst, waarbij de tegenprestatie niet of nauwelijks naar behoren wordt geleverd. Hierbij moet gedacht worden aan het plaatsen van een advertentie in niet bestaande of nauwelijks gelezen bedrijvengidsen en/of op internet en het ongevraagd en zonder reden toesturen van rekeningen, de zogenaamde spooknota's.'

15. *TvC* 2014, afl. 6, p. 294-295. Zie m.b.t. een geslaagde actie o.g.v. art. 6:193j lid 3 BW in deze aflevering van *TvC*: Rb. Gelderland (ktr. Arnhem) 20 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:760 op p. 140.

16. *Kamerstukken II* 2012/13, 33712, 3. Voorstel van wet van de leden Gesthuizen en Van Oosten tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het tegengaan van acquisitiefraude door het doen van misleidende mededelingen jegens diegenen die handelen in de uitoefening van hun beroep, bedrijf of organisatie en wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de strafbaarstelling van acquisitiefraude waarover: www.njb.nl/wetgeving/staatsbladen/acquisitiefraude.6569.lynx.

17. *Kamerstukken II* 2012/13, 33712, 3.

ling geregelde omkering van de bewijslast geldt slechts dan indien een vordering ingevolge (voor zover thans relevant) art. 6:194 BW wordt ingesteld. Dat nu is hier, waar de vordering wordt gebaseerd op dwaling, niet het geval. Er bestaat dan ook geen aanleiding af te wijken van de in art. 150 Rv neergelegde hoofdregel.¹⁸

4. De zzp'er is geen consument

Aan de 'ver-zzp-ing' lijkt vooralsnog geen einde te komen. Het ING Economisch Bureau voorspelt een forse toename van het aantal zzp'ers in de nabije toekomst die kan oplopen tot een miljoen.¹⁹ Deze kleine ondernemer heeft veel gemeen met een consument maar geniet nauwelijks extra bescherming. Hiervoor moet zeker meer aandacht komen.²⁰ De vraag is evenwel welke extra aandacht wenselijk is.

Het bij wet uitbreiden van de OHP-regeling naar de zzp'er, zoals geopperd door de ACM, lijkt mij niet de aangewezen oplossing. Gelet op de maatman uit deze regeling, verwordt de zzp'er aldus tot consument, hetgeen hij, *zolang hij of zij handelt in beroep of bedrijf*, gewoonweg niet is. Waarom niet ook het toepassingsbereik van alle overige consumentenbeschermende regelingen oprekken²¹ (algemene voorwaarden, bedenktijd, omkering bewijslast bij koop enz.)? En zouden deze regelingen dan niet evengoed ambtshalve moeten worden toegepast als sprake is van een zzp'er? Waar ligt dan de grens?

Daar komt bij dat de groep zzp'ers niet homogeen is.²² Sterker nog, de zzp'er maakt deel uit van een grote, heterogene groep zwakke professionele contractspartijen. Zou de voorgestelde uitbreiding niet ook de (bestuursleden van een) stichting of vereniging en het mkb in het algemeen moeten betreffen? Vraag is weer, waar trekt men de lijn? Zou de 'gelijkenis met de consument' doorslaggevend zijn, dan moet wettelijk komen vast te staan hoe deze gelijkenis wordt beoordeeld. Aan de reflexwerking van consumentenrecht worden thans bijzonder strenge eisen gesteld.²³ Niet de vraag of het sluiten van de overeenkomst behoort tot de normale bedrijfsuitoefening maar die of de kleine professionele partij vertrouwd

is met dit sluiten zou naar mijn mening bepalend moeten zijn.²⁴

Ik pleit kortom voor alternatieven die de grenzen van het consumentenrecht niet onnodig oprekken – en daarmee doen vervagen – doch recht doen aan de beschermingsbehoefte van zwakke professionele partijen, en niet slechts de zzp'er.

5. Welke bescherming voor de kleine professional?

Op Europees niveau zijn er diverse initiatieven die erop gericht zijn om zwakke(re) professionele partijen tegen sterkere partijen te beschermen.²⁵ Zo zijn er regels in de maak om de onlineplatformeconomie te reguleren.²⁶ Deze regels moeten een eerlijk, transparant en voorspelbaar ondernemingsklimaat creëren voor bedrijven en handelaren bij het gebruik van onlineplatforms.²⁷ Zij zien exclusief toe op de b2b-verhouding, meer in het bijzonder op de sterke onderhandelingspositie van onlineplatforms en marktplaatsen ten opzichte van de zakelijke gebruikers hiervan.²⁸ De grootte van de partijen maakt hierbij niet uit, de zwakste partij hoeft niet de kleinste te zijn.²⁹

Ook in Nederland is het een en ander in gang gezet. Hierbij ligt de focus soms op het verschil in onderhandelingsmacht tussen partijen³⁰ en soms op de grootte van de te beschermen partij (onder het mom van 'wat klein is verdient bescherming').³¹ Het eerste criterium – de asymmetrische verhouding – lijkt mij zuiverder waar het aankomt om de rechtvaardiging van extra bescherming. Voorts is er voor de door energiebedrijven misleide zzp'er goed nieuws. Allereerst houdt de ACM naar eigen zeggen strak toezicht op de naleving van de bestaande beschermende regels uit de Gas- en Elektriciteitswet. Ten tweede wordt er in Den Haag nagedacht over een uitbreiding van de bevoegdheden van de ACM.³² Een deel van de huidige misstanden zou eenvoudig kunnen worden aangepakt indien de ACM toezicht op art. 6:194 BW zou mogen uitoefenen. In de derde plaats heeft de KvK aangegeven eindelijk te gaan stoppen met het in bulk doorverkopen van de gegevens.³³ Dit was een, vanuit privacy-

18. ECLI:NL:GHAMS:2018:123.

19. www.ing.nl/zakelijk/kennis-over-de-economie/onze-economie/de-nederlandse-economie/publicaties/zzp-toekomst-scenarios.html.

20. Vgl. eerdere oproepen van o.a. J.G. Klijnsma, 'Oneerlijke bedingen onder het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht: de positie van KMO's', *TvC* 2013, afl. 3, p. 106-112.

21. Zelfs al is er sprake van maximale harmonisatie, lidstaten zijn bevoegd om het toepassingsbereik van consumentenregelingen uit te breiden: vgl. ov. (21) considerans Richtlijn consumentenkoop 2019 en ov. (16) considerans Richtlijn digitale inhoud waarover M.B.M. Loos in deze aflevering van *TvC* op p. 106.

22. T. Hartlief, 'ZZP'er tussen vrijheid en bescherming', *NJB* 2019/1000, afl. 18.

23. Vgl. ECLI:NL:GHDHA:2015:645.

24. Interessant in dit opzicht is dat subjectieve kennis niet bepalend is voor de kwalificatie als consument maar wel voor het verlenen van reflexwerking: HvJ EU 3 september 2015, C-110/4 (*Costea*).

25. Denk aan het Voorstel voor een Richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de voedselvoorzieningsketen, COM(2018)173 final. Zie hierover: W.H. van Boom, 'Handelspraktijken van supermarkten tegenover leveranciers', *TvC* 2018, afl. 6, p. 277-283.

26. Onder die zakelijke gebruikers kan een grote groep zzp'ers worden geschaard: ECLI:NL:RBAMS:2018:5183.

27. Zie hierover: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1168_nl.htm; V.I. Daskalova, 'Oneerlijke platform-to-business-handelspraktijken: oude kwesties, nieuwe regelgeving', *SEW* 2018/187, afl. 12.

28. Het toepassingsbereik van de nieuwe regels is nog ongewis: <http://europeanlawblog.eu/2019/03/12/will-deliveroo-and-uber-be-captured-by-the-proposed-eu-platform-regulation-you-d-better-watch-out/>.

29. Vgl. de Franse titel IV van boek IV van de Franse Code de commerce, i.h.b. art. L. 442-6(I)(2°).

30. Zie bijv. het Wetsvoorstel franchise.

31. Zo lag onlangs een wetsvoorstel ter consultatie dat, naast consumenten, 'met name het mkb' meer bescherming moet bieden tegen een ongewenste overstap naar een andere telecomaanbieder: www.internetconsultatie.nl/overstappen.

32. Zie www.rtlz.nl/business/ondernemen/artikel/4475061/kleine-ondernemers-beter-beschermen-tegen-marktmacht-grote.

33. Zie www.rtlz.nl/business/ondernemen/artikel/4478181/kvk-zzp-telefoonnummer-privacy-doorverkoop.

oogpunt, twijfelachtige praktijk, die in grote mate aan de genoemde misstanden heeft bijgedragen.

Wat is er verder nodig én mogelijk? Naast de toekenning van meer handhavingsbevoegdheden (en mankracht) aan de ACM, zou een uitbreiding van art. 6:194 BW met agressieve handelspraktijken welkom zijn. Dan kan meteen de al geruime tijd gedateerde titel van afdeling 6.3.4 BW ('Misleidende en vergelijkende reclame') worden aangepast. Een tweede concrete maatregel zou kunnen zijn de koppeling van een vernietigingssanctie aan art. 6:194 BW. De minder ingrijpende wettelijke verankering³⁴ van de toekenning van reflexwerking aan de gehele regeling OHP en dus ook aan de vernietigingsgrond uit art. 6:193j lid 3 BW stuit immers op het ontbreken van een algemene vernietigingsgrond die ter beschikking staat van professionele partijen (zoals die van art. 6:233 sub a BW).³⁵

Opmerking verdient wel dat iedere zakelijke partij – 'hij die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie' (en dus niet overwegend voor privédoeleinden) – een beroep kan doen op art. 6:194 BW. De reikwijdte van die regeling is dus erg breed. Het ter beschikking stellen van een vernietigingsgrond is allicht een overtrokken maatregel daar waar geen aanmerkelijk machtsverschil bestaat tussen de professionele partijen. In wezen wordt hiermee, gelet op de bewijsvoordelen van art. 6:195 BW een 'wilsgebrekenregeling *light*' in het leven geroepen die het dwalingleerstuk in de professionele verhouding op een zijspoor zou plaatsen. Naar ik meen verdient de gelijktijdige introductie van een 'asymmetrische machtsverhouding'-criterium derhalve aanbeveling. Ook de bevoegdheid van de ACM om op te treden tegen oneerlijke b2b-praktijken zou aan dit criterium kunnen worden opgehangen.

Last but not least is de zzp'er informeren over zijn rechten van groot belang. Misschien kan de KvK hier een steentje aan bijdragen? Zij heeft wel iets goeds te maken...

34. Of rechters tot het aannemen van de reflexwerking van de regeling OHP bereid zullen zijn, is op dit moment twijfelachtig. Een zetje van de wetgever lijkt daarom geboden, waarbij ook een aanzet tot een ruimere uitleg van het gelijkeniscriterium kan worden gegeven.

35. Bij een beroep op de wilsgebreken kan langs de baan van art. 150 Rv wellicht maatwerk worden verricht. De samenloop met de OHP pleit hiervoor (ook in de b2c-verhouding) maar rechters zijn terughoudend: ECLI:NL:GHAMS:2018:123.