

Bescherming voor de zelfstandige zonder personeel in het contractenrecht

Harriët Schelhaas*

In het contractenrecht wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds consumententransacties, waar de zwakke partij vergaand wordt beschermd tegen een sterkere contractspartij, en anderzijds transacties tussen commerciële partijen, waar dat niet zo is. Maar ook tussen commerciële contractanten kan een ongelijke krachtsverhouding bestaan. In dit artikel wordt onderzocht in hoeverre de commerciële contractant die het meeste op de consument lijkt, de zelfstandige zonder personeel (zzp'er), wordt beschermd. De conclusie is dat bescherming van de kleine commerciële contractant geen uitgangspunt mag zijn, maar dat goede argumenten bestaan om juist de zzp'er wel in bescherming te nemen.

* Prof. mr. H.N. Schelhaas is hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Deze bijdrage vormt een uitwerking en verdieping van één van de gedachten die besloten liggen de recente oratie van de auteur over de bredere vraag naar differentiatie in de veelkleurige groep van commerciële contractanten: H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren?* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2018. Sommige passages uit deze bijdrage zijn direct aan deze oratie ontleend.

- 1 Vrij naar Calimero: 'Zij zijn groot en ik is klein. En dat is niet eerlijk.'
- 2 Een zzp'er zal geregeld niet als rechtspersoon opereren. Als dat wel zo is, dan wordt deze rechtspersoon gevormd door één natuurlijke persoon, de zzp'er, en dus is sprake van vereenzelviging van de rechtspersoon met de natuurlijke persoon. Daarom kan worden gesteld dat de zzp'er als natuurlijke persoon handelt.
- 3 Zie de brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake *Zelfstandig Ondernemerschap van 23 juni 2018, Kamerstukken II 2017/18, 31311, 207* over 'een groeiende groep schijnzelfstandigen en kwetsbare zelfstandigen [...] waar het kabinet zich zorgen over maakt'. Zie ook Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (is een zzp'er zelfstandige of werknemer?). Ook de OESO onderstreepte recent de kwetsbare positie van zzp'ers (de 'self-employed') in Nederland: 2018 Economic Survey of the

1 Groot versus klein, is dat oneerlijk?

Is het oneerlijk als een partij groter en machtiger is dan zijn wederpartij,¹ en moet het recht daar dan iets mee doen? In het consumentenrecht luidt het antwoord op deze vragen zonder meer bevestigend. De gedachte is dat de kleine consument zich jegens zijn commerciële wederpartij in een inherent zwakke positie bevindt wat betreft onderhandelingspositie, kennis, kunde, informatie en/of financiële draagkracht. Daarom wordt hij door de wet tegen zijn grotere wederpartij in bescherming genomen, met bijvoorbeeld bedenktijden en mogelijkheden om oneerlijke clausules te (doen) vernietigen. In het consumentenrecht wordt een ongelijke handelspositie – groot versus klein – dus *a priori* als oneerlijk gezien.

Is het oneerlijk als een partij groter en machtiger is dan zijn wederpartij, en moet het recht daar dan iets mee doen?

Maar ook buiten het consumentenrecht, tussen commerciële partijen, kan ongelijkheid bestaan. Denk aan de kleine zelfstandige zonder personeel, of kleine rechtspersonen met enkele werknemers, die met een grote multinational contracteren. De kleine partij heeft hier doorgaans ook geen gelijkwaardige onderhandelingspositie. In veel gevallen is ook hij (financieel) afhankelijk van de wederpartij, en kan hij net als een consument een informatie- of kennisachterstand hebben. Toch wordt de kleine commerciële contractant in vergelijking met de consument nauwelijks beschermd. De vraag rijst of dat terecht is. Op deze vraag ga ik in deze bijdrage in, waarbij ik mij richt op de categorie commerciële contractanten die het dichtste bij de consument staat: de zelfstandige zonder personeel ('zzp'er', ook wel aangeduid als eenmanszaak). Het gaat hier om een natuurlijke persoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.² Ik richt mijn vizier juist op dit type commerciële contractant, omdat hij sterk lijkt op de

consument (het gaat om een kleine en geregeld kwetsbare natuurlijke persoon die vaak met een grotere en machtigere wederpartij handelt), terwijl zijn rechtspositie daar wezenlijk van verschilt. Bovendien krijgt de zwakke positie van de zzp'er recent veel aandacht, bijvoorbeeld in het arbeidsrecht³ en in het financieel toezichtrecht.⁴ Alle redenen om de positie van de zzp'er ook vanuit het contractenrecht te analyseren. Het draait in deze bijdrage dus om de Calimero van het commerciële contractenrecht.

Om het verschil tussen de positie van de zzp'er en die van de consument goed te duiden, ga ik hierna achtereenvolgens in op de bescherming die de *wet* aan de consument (paragraaf 2) en aan de kleine commerciële contractant (paragraaf 3) toekent. In paragraaf 4 bekijk ik of de rechter op individueel niveau een bijzondere positie toekent aan de zzp'er. Vervolgens betoog ik in paragraaf 5 dat een commerciële contractant niet zomaar moet worden beschermd, waarna ik in paragraaf 6 analyseer of de huidige situatie voor specifiek de zzp'er bevredigend is. Paragraaf 7 bevat een conclusie.

Het draait in deze bijdrage om de Calimero van het commerciële contractenrecht

2 De positie van de consument

Het contractenrecht gaat uit van partijautonomie, waar de contractsvrijheid deel van uitmaakt.⁵ Dat betekent dat partijen vrij zijn om een overeenkomst aan te gaan met wie men wil en met welke inhoud.⁶ De contractsvrijheid wordt wel inhoudelijk begrensd, onder meer door de wet, openbare orde en goede zeden (art. 3:40 BW) en door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). Specifiek ten aanzien van de consument – kortweg de natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf – wordt de contractsvrijheid specifiek en meer vergaand begrensd. De rechtvaardiging hiervoor wordt stevast gevonden in de veronderstelde inherent zwakke positie van de consument.⁷ Het idee is dat de consument per definitie kleiner en minder machtig is dan zijn professionele wederpartij, weinig invloed kan uitoefenen op de inhoud van het contract, geregeld een kennisachterstand heeft en zich vaak in een afhankelijkheids-

positie jegens zijn contractspartner bevindt. Daarom moet hij, zo is de gedachte, worden beschermd en worden met dit doel grenzen gesteld aan de contractsvrijheid.

Dit beeld van de zwakke consument is natuurlijk voor een deel gemankeerd. 'De' consument bestaat immers niet, en het is goed mogelijk dat een consument in een specifiek geval goed is geïnformeerd, exact weet wat hij doet, en niet afhankelijk is van zijn wederpartij. De ICT-specialist die voor thuisgebruik een computer koopt, is niet direct een zwakke en onwetende contractant. Datzelfde geldt voor de bankdirecteur die een financieel product koopt waar hij dagelijks professioneel mee werkt. Verder heeft Hartlief gewezen op de *prosumant*,⁸ de natuurlijke persoon die consumeert, maar ook goederen en diensten produceert en participeert in de deeleconomie. Ook deze consument beantwoordt niet aan het beeld van de passieve, afhankelijke en onwetende particulier.

Toch wordt in het huidige recht in algemene zin uitgegaan van een beschermenswaardige zwakke consument. De Europese en Nederlandse wetgever hebben om die reden diverse beschermingsmaatregelen ten faveure van de consument uitgevaardigd. Zo zijn soms formele vereisten ten aanzien van de totstandkoming van contracten van toepassing (de koop van onroerende zaken moet bijvoorbeeld *schriftelijk* worden vastgelegd) en gelden bijzondere vormen van aansprakelijkheid indien een consument slachtoffer wordt van een oneerlijke handelspraktijk (art. 6:193a BW). Verder zijn sommige wettelijke bepalingen jegens een consument van dwingend recht,⁹ gelden informatieverplichtingen om de veronderstelde informatieachterstand van de consument recht te trekken (zie bijv. art. 6:230a BW),¹⁰ en kan de consument bij de koop van onroerende zaken (art. 7:2 lid 2 BW) en bij contracten die online worden gesloten (art. 6:230o BW) gebruikmaken van een bedenktijd om zich van een contract te bevrijden. Indien de consument roerende zaken van een professionele verkoper koopt, dan wordt hij beschermd met dwingendrechtelijke (art. 7:6 BW) bepalingen over onder meer conformiteit van de gekochte zaak, de klachtplicht, en remedies die de consument kan inroepen. Daarnaast kunnen onredelijk bezwarende algemene voorwaarden (ambtshalve) worden vernietigd, en bevat de wet een zwarte lijst met bedingen die jegens een consument onredelijk bezwarend zijn (art. 6:236 BW)

Netherlands: www.oecd.org/economy/economic-survey-netherlands.htm.

- 4 Brief minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 12 april 2017, in reactie op Consultatiedocument ministerie van Financiën 'Effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers bij financiële diensten en producten', 1 september 2016 (hierna: Consultatiedocument 2016), www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/09/01/consultatiedocument-effectiviteit-en-gewenste-mate-van-bescherming-voor-zzp-ers-en-mkb-ers.
- 5 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979 noemt als dragende beginselen het autonomiebeginsel – dat de contractsvrijheid vooronderstelt: zie p. 6-7 – het vertrouwens- en het causa-beginsel.
- 6 Zie o.m. Asser/Hartkamp & Sieburgh *6-III* 2014/41 en 45.
- 7 Deze veronderstelde zwakke positie is steeds het dragende argument: zie E.H. Hondius, *Consumentenrecht*, Deventer: Kluwer 2013/7; M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer 2014/1. Daarnaast wordt het Europese consumentenrecht gedragen door het streven naar een Europees geharmoniseerd consumentenrecht, zodat meer grensoverschrijdend wordt gecontracteerd. Rechtseconomen voeren nog het falen van de markt aan, zowel aan de aanbodzijde (die is heel machtig) als aan de vraagzijde (consumenten zijn bijv. te slecht geïnformeerd): zie o.m. H. Luth, *Behavioral Economics in Consumer Policy* (diss. Rotterdam), Antwerpen/Oxford/Portland: Intersentia 2010, hoofdstuk 2; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston 1998, hoofdstuk 12.
- 8 T. Hartlief, 'Het contractenrecht anno 2025', *NJB* 2017/1392, p. 1801.
- 9 Dwingend recht kan verschillende gradaties hebben: geheel dwingend recht (bijv. bij algemene voorwaarden: art. 6:247 BW), van wettelijke bepalingen mag alleen niet ten nadele van de consument worden afgeweken (art. 7:6 lid 1 BW), of afwijking mag slechts bij individueel beding (art. 7:6 lid 2 BW). Zie nader Hondius 2013, hoofdstuk 3 en 4.
- 10 Zie voor informatieplichten bijv. L.B.A. Tigelaar, *Sanctionering van informatieplichten uit de richtlijn consumentenrechten* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

11 Daarnaast bestaan onder meer bijzondere regelingen voor medische behandelingsovereenkomsten (art. 7:462 BW e.v.), verzekeringsovereenkomsten (titel 7.17 BW) en reisovereenkomsten (art. 7:500 BW e.v.).

12 De voorbereidingen voor een nieuwe wettelijke franchise-regeling, die ook gericht is op de positie van de kleine franchisenemer, laat ik dus buiten beschouwing. De voorbereidingen daarvoor zijn gestart: zie onder meer de brief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat aan de voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 23 mei 2018 en www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2018/05/23/kabinet-bereidt-nieuwe-franchisewetgeving-voor.

13 Wetgeving die geen specifiek onderscheid maakt tussen grote en kleine ondernemers, maar als algemeen doel heeft om met name het mkb te beschermen zoals de agentuurregeling, de Wet acquisitiefraude, of het voorontwerp franchise, laat ik verder rusten. Zie nader I. Houben, 'Autonomie in het contrac-

en een grijze lijst van bedingen die vermoed worden dat te zijn (art. 6:237 BW).¹¹ Niet bij elke vorm van consumentenbescherming is helder wat de precieze rechtvaardigingsgrond is, anders dan het hiervoor al aangehaalde algemene idee dat de consument zich in een relatief zwakke positie bevindt.

Achter de term commerciële contractant gaat een breed spectrum van typen contractspartijen schuil: van zzp'er tot multinational, van micro-bedrijf tot middenbedrijf

3 De kleine handelspartij in de ogen van de wetgever

3.1 Consument versus kleine ondernemer
Het uitgangspunt is dus dat de Nederlandse wetgever een tweedeling maakt tussen contracten van een handelspartij met een consument waar bescherming een leidend

beginsel is ('Business to Consumer'/'B2C') en contracten tussen twee professionele partijen waar dat niet zo is ('Business to Business'/'B2B'). De in de vorige paragraaf uiteengezette consumentenbescherming geldt niet voor de commerciële contractant. De achtergrond daarvan is de idee dat commerciële contractanten in staat worden geacht om hun eigen zaken te regelen. Maar net zo min als er één standaardtype consument bestaat, bestaat er een mal voor dé commerciële contractant. Achter deze term gaat immers een breed spectrum van typen contractspartijen schuil: van eenmanszaak (zzp'er) tot multinational, van micro-bedrijf tot middenbedrijf. In de grote groep commerciële contractanten is het krachtenveld dus multidimensionaal. De wetgever heeft dan ook incidenteel enige differentiatie aangebracht in de categorie commerciële contractanten, om specifiek de kleine ondernemer enige bescherming te bieden tegen een machtiger commerciële wederpartij. Deze bestaande¹² wettelijke regelingen breng ik kort in kaart. Omdat ik wil analyseren op welke wijze juist de kleine ondernemer specifiek

bescherming ontvangt, richt ik mij louter op regelingen die *expliciet* onderscheid maken tussen grote en kleine commerciële partijen (met inbegrip van, maar niet beperkt tot, de zzp'er).¹³

De kleine ondernemer, waaronder de zzp'er, kan zich wel op de vernietigingsgronden van artikel 6:233 BW beroepen, maar in vergelijking met de consument wordt hij minder goed beschermd

3.2 Algemene voorwaarden: de vernietigingsnorm van artikel 6:233 BW

De eerste regeling die een bijzonder regime voor de kleine ondernemer creëert, is de algemene-voorwaarden-regeling. In die regeling wordt de zwakste partij – de consument¹⁴ – het meeste beschermd: de algemene voorwaarden zijn weliswaar snel van toepassing, maar ook vernietigbaar als ze niet aan de consument zijn verstrekt (art. 6:233 sub b jo. 6:234 BW) of als ze onredelijk bezwarend zijn (art. 6:233 sub a BW). In de wet zijn lijsten opgenomen van bedingen die voor de consument onredelijk bezwarend zijn of vermoed worden dat te zijn (art. 6:236 en 237 BW). Binnen de groep commerciële contractanten wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds de grote commerciële partij en anderzijds de kleine of middelgrote ondernemer. Artikel 6:235 BW bepaalt hoe dit onderscheid moet worden gemaakt: een grote ondernemer heeft een jaarrekening gepubliceerd of meer dan vijftig werknemers in dienst (art. 6:235 BW). De zzp'er valt daar doorgaans niet onder. De grote ondernemer komt geen specifieke bescherming toe: de vernietigingsgronden uit artikel 6:233 BW (de algemene voorwaarden zijn niet verstrekt of een beding is onredelijk bezwarend) zijn niet voor hem bestemd.¹⁵ De kleine ondernemer, waaronder de zzp'er, kan zich wel op de vernietigingsgronden van artikel 6:233 BW beroepen, maar in vergelijking met de consument wordt hij minder goed beschermd: hij kan zich niet beroepen op de grijze en zwarte lijst met bedingen die onredelijk bezwarend zijn of vermoed worden dat te zijn. Wel kunnen die lijsten indirecte werking hebben als de specifieke situatie van de kleine ondernemer lijkt op die van een consument. Ik ga op deze zogenoemde reflexwerking in paragraaf 4.2 dieper in.

De reden dat in de algemene-voorwaarden-regeling wordt gedifferentieerd tussen typen ondernemers, is overigens niet zozeer gelegen in de zwakke positie van de kleine handelspartij. Het was aanvankelijk namelijk de bedoeling dat de regeling die nu voor de kleine ondernemer geldt, van toepassing zou zijn op alle commerciële partijen. Op een laat moment in het wetgevingsproces werd echter het standpunt betrokken dat bij commerciële contractanten de contractsvrijheid een belangrijkere rol moest spelen, terwijl de vernietigingsgronden van artikel 6:233 BW daar per definitie inbreuk op maken. Dat heeft uiteindelijk geresulteerd in een aparte positie voor grote commerciële partijen:¹⁶ artikel 6:233 BW mist toepassing.¹⁷ Het is dus juist de positie van de grote handelspartij geweest die ervoor heeft gezorgd dat onderscheid is gemaakt tussen een kleine en grote commerciële contractant.

3.3 Energiecontracten

Ook in het energierecht bestaat een bijzondere regeling voor de kleine ondernemer, althans voor de kleine zakelijke afnemer van energie.¹⁸ Hem komt ten aanzien van onredelijke algemene voorwaarden dezelfde bescherming toe als de consument. Een zakelijke partij die weinig energie afneemt, is natuurlijk niet altijd een kleine ondernemer zoals een zzp'er,¹⁹ maar vaak wel. Het feit dat het doorgaans gaat om een kleine commerciële contractspartij lijkt²⁰ de grondslag te vormen voor de gelijke behandeling van consument en kleinzakelijke afnemer:

*'Zo genieten afnemers die min of meer op één lijn te stellen zijn met huishoudelijke afnemers tevens de bescherming zoals die is voorzien voor consumenten. Hierbij kan worden gedacht aan een deel van de ondernemers in het midden en kleinbedrijf.'*²¹

Een kleine zakelijke partij kan dus jegens de energieleverancier onredelijk bezwarende algemene voorwaarden niet alleen vernietigen, maar kan anders dan in het reguliere regime direct een beroep doen op de grijze en zwarte lijst.²²

De regeling betalingsachterstanden richt zich tegen grote partijen die ten koste van de kleine onmachtige commerciële partij welbewust hun rekeningen te laat betalen

tenrecht: de bescherming van de ondernemer', AA 2017, afl. 7-8, p. 600-609 (AA20170600); Schelhaas 2018, p. 11-13; J.W.A. Biemans & A.G. Castermans, *Barmhartigheid in het burgerlijk recht* (preadvies VBR), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 97-106.

- 14 Onder consument wordt verstaan (art. 6:236 BW) een 'natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf'. De definitie van consument is niet overal hetzelfde: zie M.Y. Schaub, 'Wie is consument?', *TvC* 2017, afl. 1, p. 31 e.v.
- 15 Indien een dienst wordt verleend of elektronisch wordt gecontracteerd, geldt overigens wel een zekere informatieverplichting: zie art. 3:15d en 6:230c BW.
- 16 Art. 6:244 BW, dat de beknelde tussenschakel beschermt (een consument vernietigt een algemene voorwaarde jegens een commerciële partij, die op zijn beurt de algemene voorwaarde opgelegd heeft gekregen van zijn commerciële wederpartij), is overigens niet per se bedoeld om de kleine partij te beschermen: het geldt voor alle gevallen van een dwangpositie: zie *Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6 BW* (MvA I), p. 1804 en 1805.
- 17 *Parl. Gesch. Boek 6* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1631 (amendement Kamerlid Korthals).
- 18 Het gaat dan om zakelijke afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3*80 ampère (art. 95b Elektriciteitswet) en/of met een totale maximale capaciteit van ten hoogste 40 m3(n) gas (art. 43 Gaswet).
- 19 Een groot bedrijf dat in een energiezuinig pand is gehuisvest en voor zijn eigen bedrijfsvoering ook overigens weinig energie gebruikt, kan wellicht onder de grens in de Elektriciteitswet of de Gaswet vallen. Een klein bedrijf dat juist veel energie nodig heeft om zijn producten te fabriceren, kan juist buiten de definitie van kleine zakelijke afnemer vallen.
- 20 De motivering van de minister is niet heel uitgebreid.
- 21 MvT Wijziging Elektriciteitswet en Gaswet, *Kamerstukken II* 2003/04, 29372, 3, p. 7.
- 22 Art. 26a en 95 b Elektriciteitswet 1988 en art. 14 en 44 Gaswet. Ook dienen de algemene voorwaarden begrijpelijk te zijn en moeten ze tevoren worden verstrekt: art. 95m Elektriciteitswet en art. 52b Gaswet.
- 23 Richtlijn 2000/35/EG van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van bij handelstransacties, *PbEU* 2000, p. 35 e.v.: '(7) Als gevolg van buitensporige betalingstermijnen en betalingsachterstand

drukken zware administratieve en financiële lasten op het bedrijfsleven, met name op het midden- en kleinbedrijf [...].¹⁹ Deze richtlijn dient misbruik van contractvrijheid ten nadele van de schuldeiser te verbieden.²⁰ Ook in de aangescherpte richtlijn (Richtlijn 2011/7/EU van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (herschikking), *PbEU* 2011, L 48/1), wordt expliciet verwezen naar de kwetsbare positie van het mkb.

²⁴ In het reguliere regime mag onder omstandigheden contractueel worden afgeweken van de in de wet opgenomen betalingstermijnen.

²⁵ Ook andere motieven speelden mee, zoals de omstandigheid dat hierdoor de financiële positie van het mkb wordt ondergraven, de economie zou worden geschaad (het mkb heeft bijv. meer bankkrediet nodig en investeert minder), en de lange betalingstermijnen worden doorgegeven in de keten. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34559, 3 (MvT), p. 5.

²⁶ *Kamerstukken II* 2016/17, 34559, 3, p. 4 (MvT): 'Dat de leverancier uiteindelijk vaak toch met de langere termijn in de overeenkomst akkoord gaat, heeft te maken met de ongelijke onderhandelingspositie. In de consultatie werd aangegeven dat in juridische zin gesproken wordt van gelijke partijen, maar dat in de economische praktijk dit slechts zelden het geval is. Afnemers hebben vaak een dusdanig sterke onderhandelingspositie dat leveranciers indirect akkoord moeten gaan met de condities van de afnemer om met hem zaken te kunnen blijven doen.' Zie ook *Kamerstukken* 2016/17, 34172, 8 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 5, waar wordt gewezen op de afhankelijkheidssituatie van de schuldeiser.

²⁷ In de Wft zijn onder meer de Europese richtlijnen MiFID I en II geïmplementeerd: de Markets in Financial Instruments Directives, Richtlijn 2004/39/EG en Richtlijn 2014/65/EU. Uitgebreid over zorg- en loyaliteitsplichten in het financiële recht: K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht* (diss. Amsterdam, UvA), Den Haag: BJu 2016, m.n. hoofdstuk 4 en 5.

²⁸ Als de belangrijkste activiteit van deze onderneming althans niet bestaat uit het beleggen in financiële instrumenten of financiële transacties. Een kleine onderneming is een onderneming die niet voldoet

3.4 *Betalingsachterstanden*

Ook in de regeling betalingsachterstanden in handelstransacties wordt een expliciet onderscheid gemaakt tussen grote en kleine commerciële partijen (art. 6:119a en 6:119b BW). De regeling richt zich tegen grote partijen die ten koste van de kleine onmachtige commerciële partij welbewust hun rekeningen te laat betalen. Een reden voor laattijdige betaling kan gelegen zijn in de omstandigheid dat een dergelijk feitelijk 'leverancierskrediet' goedkoper is dan een zakelijk bancair krediet. Omdat de kleine partij onmachtig is en vaak economisch afhankelijk is van zijn wanbetalende wederpartij, kan hij daar weinig tegen doen. Ter voorkoming van te lange betalingsachterstanden is onder meer een korte wettelijke betalingstermijn geïntroduceerd en geldt een hoge verdragingsrente. De Europese richtlijn, waar de Nederlandse regeling de implementatie van vormt, is expliciet bedoeld om het midden- en kleinbedrijf ('mkb') te beschermen, maar is daartoe niet beperkt.²³ Elke commerciële partij wiens rekeningen niet tijdig worden betaald, kan een beroep doen op de regeling. De Nederlandse wetgever heeft de regeling echter – zonder dat de Europese wetgever daartoe verplichtte – recent aangescherpt en specifiek voor het mkb een dwingendrechtelijke²⁴ maximale betalingstermijn van 60 dagen ingevoerd. Bescherming werd onder meer²⁵ nodig geacht vanwege een ongelijke onderhandelingspositie tussen grote partijen en het mkb.²⁶ In de nieuwe wettelijke regeling wordt dus expliciet onderscheiden tussen een grote en een kleine commerciële partij. De definitie van het mkb is in deze regeling ruimer dan in de algemene-voorwaarden-regeling. Zoals ik in paragraaf 3.3 heb toegelicht is daar (art. 6:235 BW) het ijkpunt dat een jaarrekening moet zijn gepubliceerd of dat meer dan vijftig werknemers in dienst moeten zijn. Het criterium bij de regeling betalingsachterstanden verwijst (art. 6:119a lid 6 BW) echter naar artikel 2:397 BW op grond waarvan 'middelgrote' bedrijven bepaalde vrijstellingen krijgen voor de jaarrekening. Dergelijke bedrijven zijn rechtspersonen die op twee opeenvolgende balansdata hebben voldaan aan ten minste twee van de volgende vereisten: (a) de waarde van de activa bedraagt niet meer dan € 17,5 miljoen, (b) de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 35 miljoen, en (c) het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 250.

De regeling betalingsachterstanden in handelstransacties creëert dus wat betreft de betalingstermijn een bijzondere positie voor de kleine commerciële contractant, maar is niet beperkt tot de zzp'er en hanteert een ander criterium dan bij de algemene-voorwaarden-regeling.

3.5 *Financieel toezichtrecht*

Ook in het financieel toezichtrecht wordt aandacht besteed aan specifiek de kleine ondernemer. Ik wijs op de Wet op het financieel toezicht ('Wft'), die onder meer (pre-contractuele) informatieverplichtingen over financiële producten, onderzoeks- en waarschuwingsplichten en overige zorgplichten voor financiële ondernemingen bevat.²⁷ De omvang van deze verplichtingen hangt wat betreft het verlenen van beleggingsdiensten af van het type cliënt van de beleggingsonderneming. Het hoogste beschermingsniveau komt toe aan de 'niet-professionele belegger' (zie de definitie in art. 1:1 Wft), waaronder consumenten én (kleine) ondernemers worden verstaan.²⁸ De consument en de kleine commerciële contractant vallen dus onder hetzelfde regime.

De Wft voorziet in publiekrechtelijk toezicht: de Autoriteit Financiële Markten kan jegens de inbreukmakende financiële ondernemer maatregelen nemen, zoals het opleggen van een boete. De Wft voorziet *niet* in civielrechtelijke (schadevergoedings) aanspraken door afnemers van deze diensten. Toch hebben deze publiekrechtelijke regels invloed op het privaatrechtelijke aansprakelijkheidsrecht.²⁹ Zo wordt in het financiële recht geregeld een (bijzondere) civielrechtelijke zorgplicht jegens particulieren aangenomen,³⁰ die afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. Deze zorgplicht kan voortvloeien uit 'hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid naar de aard van de contractuele verhouding tussen de bank en de cliënt meebrengen'³¹ of direct uit de overeenkomst van opdracht tussen financiële dienstverlener en zijn cliënt (art. 7:401 BW).³² De gedragsregels uit de Wft kunnen indirect, bijvoorbeeld via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid of via andere open normen, invulling geven aan de inhoud van een dergelijke (buiten)contractuele zorgplicht.³³ Schending van deze privaatrechtelijke zorgplicht kan vervolgens resulteren in een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst van opdracht, of een onrechtmatige daad. Dit kan leiden tot civielrechtelijke

acties, zoals een vordering tot schadevergoeding.³⁴ Er is dus sprake van een wisselwerking tussen het financiële toezichtrecht en het privaatrecht.

Verder is de positie van de zzp'er en andere kleine ondernemers bij financiële diensten en producten het onderwerp geweest van een consultatiedocument van het ministerie van Financiën³⁵ over de effectiviteit van de huidige wettelijke bescherming van zzp'ers en mkb-ondernemingen in de Wft. De vergelijkbare positie van de kleine ondernemer met de consument komt hier nadrukkelijk naar voren:

'Deze kleine ondernemers hebben vaak beperkte financiële expertise en mogelijk ook niet de middelen om die expertise in te huren. In die zin lijken deze zgn. kleinzakelijke klanten op consumenten als zij een financiële dienst afnemen of een financieel product aanschaffen. Net als bij consumenten geldt voor een deel van hen dat zij door het kennisverschil met financiële dienstverleners een potentieel kwetsbare positie innemen tegenover deze financiële instellingen. Als sprake is van een kredietrelatie wordt deze kwetsbare positie versterkt door de afhankelijkheid die de klant vaak heeft ten opzichte van de kredietverstrekker.'³⁶

En even verderop:³⁷

'Als het uitgangspunt bij bescherming voor consumenten is dat zij een kwetsbare positie innemen, en daarmee bescherming behoeven, zou dit uitgangspunt evenwel van toepassing kunnen zijn voor (een deel van de) klein zakelijke klanten.'

Het grootste deel van de reacties op dit consultatiedocument wijst erop dat thans ten onrechte wordt uitgegaan van een verschil tussen consumenten en kleinzakelijke klanten.³⁸ De minister vat dit als volgt samen:

'Het merendeel van de respondenten is echter van mening dat de overeenkomsten tussen consumenten en kleinzakelijke klanten geen verschil van bescherming rechtvaardigen. Kleinzakelijke klanten hebben volgens deze respondenten namelijk vaak dezelfde kennis en kunde als consumenten, ontberen specifieke financiële expertise en kunnen ondanks hun eigen verantwoordelijkheid niet altijd de volledige consequenties van hun handelen overzien of de impact bepalen van producten of specifieke bepalingen.'³⁹

De minister ziet vooralsnog de oplossing in zelfregulering, waarbij hij wijst op de gedragscode van de Nederlandse Vereniging voor Banken over kredietverlening aan kleinzakelijke klanten, die per 1 juli 2018 in werking is getreden. Deze gedragscode werd nodig geacht omdat dit type (kleinzakelijke) klant 'over het algemeen niet [beschikt] over de financiële kennis en ervaring die bij grotere bedrijven aanwezig is'.⁴⁰ Een kleinzakelijke klant wordt hier gedefinieerd als een natuurlijke persoon die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, of een rechtspersoon of startende onderneming

met een jaaromzet (op groepsniveau) van maximaal € 5 miljoen, die voor een bedrag van maximaal € 2 miljoen krediet aanvraagt. De gedragscode voorziet onder meer in betere informatieverstrekking voordat een krediet wordt verleend (art. 5 Gedragscode) en in een uitgebreide klachtenregeling (art. 8 Gedragscode). Ook hier wordt de kleine ondernemer dus vergelijkbaar aan de consument behandeld.

In mijn oratie heb ik uiteengezet dat de reden of aanleiding voor wetgeving die erop is gericht om de positie van de kleine ondernemer te beschermen, lijkt op incidentenpolitiek

3.6 Een rode lijn?

De hiervoor besproken vier wettelijke regelingen creëren dus een bijzondere positie voor specifiek de kleine ondernemer. In mijn oratie heb ik uiteengezet dat de reden of aanleiding voor wetgeving die erop is gericht om de positie van de kleine ondernemer te beschermen, lijkt op incidentenpolitiek. Meestal wordt ter rechtvaardiging van wetgeving louter gewezen op het nietszeggende argument dat de kleine ondernemer zich in een zwakke positie bevindt jegens een grote contractspartij.⁴¹ Maar de omstandigheid dat een machtsverschil kan bestaan tussen commerciële contractanten en dat daar commerciële voordelen door worden behaald, is de realiteit van het handelsverkeer en is mijns inziens ook niet *a priori* bezwaarlijk. Bovendien verklaart dit gegeven niet waarom in andere gevallen van ongelijkheid geen regelgeving nodig werd geacht en hier wel. Verder is de wetgever inconsistent in de wijze waarop een bijzondere positie wordt toebedeeld aan de kleine commerciële contractant: soms wordt slechts een bepaald type contractant expliciet beschermd (het mkb), soms niet, soms wordt geen criterium gebruikt, en als dat wel gebeurt, dan lopen de criteria in de verschillende regelingen ongemotiveerd uiteen.⁴² Een rode lijn is dus niet te ontwaaren. Wel kan worden geconstateerd dat de bijzondere positie van de kleine ondernemer, waaronder de zzp'er, soms aandacht krijgt van de wetgever. De volgende vraag is of dat ook geldt voor de rechter.

aan twee of meer van de volgende eisen: (i) een balanstotaal van ten minste € 20 miljoen, (ii) een netto-omzet van ten minste € 40 miljoen en (iii) een eigen vermogen van ten minste € 2 miljoen. Zie nader I.P.M.J. Janssen, *De civielrechtelijke zorgplicht van de beleggingsdienstverlener jegens de niet-particuliere cliënt* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 2.3.

²⁹ Zie over het samenspel van het publiek- en privaatrecht ook Broekhuizen 2016, m.n. par. 4.5-4.8 en D. Busch, *Vermogensbeheer* (Mon. BW B8), Deventer: Kluwer 2014, hoofdstuk 4.

³⁰ Zie bijv. HR 23 mei 1997, *NJ* 1998/92 (*Rabobank / Everaars*) en HR 11 juli 2003, *NJ* 2005/103 (*Kouwenberg / Rabobank*). In het laatste geval betrof het kortweg een particulier die in opties handelde en verlies leed. De Hoge Raad oordeelde dat een bank '[...] als professionele en op dit terrein bij uitstek deskundig te achten dienstverlener tot een bijzondere zorgplicht is gehouden, gelet op de zeer grote risico's die aan dergelijke transacties verbonden kunnen zijn'. Deze zorgplicht bestaat bijv. uit waarschuwingplichten en dient ter bescherming tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Voor effectenlease HR 5 juni 2009, *NJ* 2017/182 (*Dexia*).

³¹ Bijv. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, *NJ* 2012/95 (*Rabobank Vaart en Vecht / X*).

³² Zie voor een helder overzicht van de materie de conclusie van A-G Wissink voor HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3055, *RvdW* 2017/1283, vanaf par. 3.2.

³³ Voor een voorbeeld: Hof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692: 'Het hof is van oordeel dat op Rabobank Den Haag een zorgplicht rust die mede wordt ingevuld aan de hand van de Wet financieel toezicht (Wft).'

³⁴ Voor een overzicht: Busch 2014, par. 21; Janssen 2017, par. 3.3.1 en 3.3.2. In een contractuele verhouding is naast schadevergoeding ook ontbinding mogelijk, waarvoor enkel een tekortkoming en geen toerekenbaarheid nodig is (art. 6:265 BW). Ook kan de overeenkomst onder omstandigheden worden vernietigd op grond van dwaling.

³⁵ Consultatiedocument 2016.

³⁶ Consultatiedocument 2016, p. 3.

³⁷ Consultatiedocument 2016, p. 8.

³⁸ Zie het overzicht dat de minister van Financiën geeft in zijn brief van 12 april 2017 aan de Tweede Kamer, p. 2.

³⁹ Zie het overzicht dat de minister van Financiën geeft in zijn brief van 12 april 2017 aan de Tweede Kamer, p. 2.

40 Nederlandse Vereniging van Banken, Gedragscode Kleinzakelijke Financiering, in werking getreden op 1 juli 2018 (zie www.nvb.nl), p. 4.

41 Zie Schelhaas 2018, p. 7-16.

42 Zie Schelhaas 2018, p. 13-16.

43 Gezocht is op www.rechtspraak.nl met de volgende zoektermen: '6:248 lid 2 bescherming kleine ondernemer', '6:233 sub a reflexwerking kleine ondernemer', 'reflexwerking', 'consumentenkoop, kleine ondernemer', 'consumentenkoop reflexwerking', 'colportagewet reflexwerking', 'consumentenkoop ondernemer', 'eenmanszaak', 'zzp', 'hoedanigheid contractpartijen', 'kleine ondernemer'.

44 Gezien het beperkte bestek van deze bijdrage ga ik niet in op het specifieke leerstuk van (bancaire) zorgplichten bij kleine commerciële partijen. In het kader van de renteswapproblematiek is bijv. regelmatig aangevoerd dat op banken een bijzondere zorgplicht rust juist jegens kleine en/of ondeskundige partijen: zie bijv. Hof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946 en Hof Amsterdam, 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043 en Janssen 2017.

45 *Parl. Gesch. boek 6* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1662.

46 Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2016/31 en 32. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2013/404 sluit zich hier bij aan en concludeert (nr. 407) dat reflexwerking vooral wordt aangenomen bij kleine ondernemers die een overeenkomst sluiten waar zij deskundigheid ontberen.

47 R.H.C. Jongeneel, 'Reflexwerking', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 457) verwoordt dat zo: 'De inhoud van de lijsten kan steun bieden voor een redenering naar analogie, zij het een verzwakte vorm van analogie, omdat de lijsten welbewust tot consumenten beperkt zijn.'

48 Zie o.m. Loos 2013/399, 405 en de daar aangehaalde uitspraken.

49 Het ging hier om het bedrijf Proximedia dat met kleine ondernemers bezwarende dienstverleningsovereenkomsten afsloot en in de algemene voorwaarden een opzeggingsbeding opnam dat verplichtte tot vergoeding van 40% resp. 60% van de resterende contractswaarde.

50 Voor voorbeelden van eerdere rechtspraak: zie onder meer Loos 2013/407-412; Jongeneel 2017, p. 458-464.

4 De behandeling van de kleine commerciële contractant in de rechtspraak

4.1 Algemeen

De hoedanigheid van partijen en de relatieve grootte en deskundigheid kan natuurlijk ook een rol spelen bij de invulling van open normen in een specifiek geval door de rechter, zoals bij de vraag of een beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar (art. 6:248 lid 2 BW) of onredelijk bezwarend (art. 6:233 sub a BW) is. Een beding kan voor een relatief kleine en zwakke partij eerder onredelijk zijn dan voor een partij die op een gelijkwaardiger basis met zijn wederpartij contracteert. Om een beter beeld te krijgen van de positie van de kleine commerciële contractant (met inbegrip van de zzp'er), heb ik rechtspraak van de afgelopen vijf jaar onderzocht.⁴³ Daarbij heb ik gezien of de kleine ondernemer en de zzp'er in het bijzonder, in de rechtspraak een bijzondere positie inneemt bij (i) de toetsing van algemene voorwaarden, (ii) de (indirecte) toepasselijkheid van de regels over koop op afstand, en (iii) de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.⁴⁴

Een beding kan voor een relatief kleine en zwakke partij eerder onredelijk zijn dan voor een partij die op een gelijkwaardiger basis met zijn wederpartij contracteert

4.2 Reflexwerking algemene voorwaarden

Eén van de terreinen waarbij de relatieve grootte van partijen in de rechtspraak een prominente rol speelt, is het regime dat geldt voor algemene voorwaarden. Hiervoor is in paragraaf 3.2 ingegaan op het gedifferentieerde regime dat geldt voor een consument, een kleine commerciële contractant en een grote commerciële partij. Hoewel voor de kleine ondernemer de grijze en zwarte lijst van oneerlijke bedingen niet gelden (art. 6:236 en 6:237 BW), kan hij wel een beroep doen op de vernietigbaarheid van een onredelijk bezwarend beding ex artikel 6:233 sub a BW. Bij de beoordeling daarvan kan een rol spelen dat dat beding voor consumenten op één van deze lijsten prijkt. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat deze zogenoemde 'reflexwerking' van de grijze en

zwarte lijst aan de orde kan zijn als de situatie van deze kleine commerciële contractant sterk lijkt op de positie van een consument:

'Hierbij merken wij nog op dat indien een kleine vereniging of stichting die zich materieel niet van een consument (natuurlijk persoon) onderscheidt, met een beding als bedoeld in de artt. 3 [de zwarte lijst van art. 6:236 BW, HNS] en 4 [de grijze lijst van art. 6:237 BW, HNS] wordt geconfronteerd, een reflexwerking van deze bepaling via de open norm van artikel 2a onder a [art. 6:233 sub a BW, HNS] voor de hand ligt.'⁴⁵

In de literatuur wordt bij de vraag of reflexwerking moet worden toegekend aan de lijsten en zo ja: in welke mate, wel onderscheid gemaakt tussen de soort commerciële partij. Zo betoogt Hijma dat reflexwerking vooral denkbaar is bij (i) rechtspersonen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, zoals stichtingen en verenigingen, en (ii) natuurlijke personen die weliswaar in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelen, maar wel bedrijfsvreemde activiteiten verrichten.⁴⁶

Wat de wetgever precies voor ogen stond bij deze reflexwerking, is niet helemaal helder. Enerzijds kan zulks betekenen dat bij de beoordeling of een beding onredelijk bezwarend is in de zin van artikel 6:233 sub a BW, een rol speelt dat het beding op één van de lijsten staat.⁴⁷ In de rechtspraak komen echter ook voorbeelden voor waarin de reflexwerking sterker is: de rechter oordeelt dan dat een beding in een commerciële verhouding vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn, of zonder meer onredelijk bezwarend is omdat een beding op één van de lijsten prijkt en de positie van de commerciële contractant in concreto lijkt op die van een consument.⁴⁸

In de literatuur heeft Spanjaard op basis van een jurisprudentieonderzoek naar de zogenoemde Proximedia-zaken⁴⁹ tussen 2011-2017⁵⁰ geconcludeerd dat weliswaar regelmatig een beroep wordt gedaan op reflexwerking, maar dat dat niet altijd wordt gehonoreerd.⁵¹ Het door mij uitgevoerde rechtspraakonderzoek over de laatste vijf jaar,⁵² bevestigt dat beeld: in 21 arresten van hoven en 9 vonnissen van rechtbanken waar een beroep werd gedaan op reflexwerking, werd dat in één arrest en twee vonnissen gehonoreerd. In die gevallen werd onder meer relevant geacht dat het ging om een eenmanszaak, waarbij ook werd benadrukt dat de ondernemer zich in een vergelijkbare positie als de consument bevond: hij richtte bijvoorbeeld bedrijfsvreemde activiteiten met een grote wederpartij en had een kennisachterstand.⁵³ In zaken waarin reflexwerking werd afgewezen, werd regelmatig

geoordeeld dat het enkele feit dat sprake was van een verschil in deskundigheid, nog geen reflexwerking van de grijze of zwarte lijst rechtvaardigt.⁵⁴

Kortom, de positie van een kleine ondernemer en meer specifiek de eenmanszaak wordt bij de vraag of aan de grijze of zwarte lijst reflexwerking toekomt onder ogen gezien, maar is niet vanzelfsprekend een doorslaggevend argument.

Aanvankelijk werd de kleine ondernemer in de lagere rechtspraak geregeld te hulp geschoten door de Colportagewet analoog toe te passen. De Hoge Raad heeft deze route echter afgesloten

4.3 Indirecte toepassing van de Colportagewet en de regeling koop op afstand?

Eén van de vragen die in de rechtspraak nadrukkelijk aan de orde is gesteld, is of de Colportagewet, die betrekking had op een consumentenkoop buiten de verkoopprijsruimte en thans is vervangen door de regeling inzake koop op afstand (art. 6:230g e.v. BW), ook indirect van toepassing moest zijn op de kleine ondernemer.⁵⁵ De wet richt zich op overeenkomsten tussen een ‘particulier’ – waar een consument onder moet worden verstaan – en een handelspartij. Tijdens parlementaire debatten bij de totstandkoming van zowel de Colportagewet als de regeling koop op afstand, is nadrukkelijk ingegaan op de wenselijkheid om de regelingen uit te breiden naar de kleine ondernemer. Daarvan is afgezien, onder meer omdat dat een te vergaande belemmering van het handelsverkeer zou betekenen,⁵⁶ en dit geen nationale maar een Europese vraag zou zijn.⁵⁷ Bij de vraag of de Europese richtlijn koop op afstand zou moeten worden uitgebreid naar de kleine ondernemer, werd in de parlementaire debatten nog gewezen op het argument dat de regels te zeer zouden zijn toegesneden op consumenten en geen oplossing zouden bieden voor de problemen waar handelaren tegenaan lopen.⁵⁸

Aanvankelijk werd de kleine ondernemer in de lagere rechtspraak echter geregeld te hulp geschoten door de Colportagewet analoog toe te passen.⁵⁹ De Hoge Raad heeft deze route echter afgesloten. Het feit dat de Colportagewet voorziet in formele vereisten op

straffe van nietigheid, staat volgens de Hoge Raad in de weg aan analoge toepassing op een moeilijk af te bakenen groep partijen.⁶⁰

‘Deze vormvereisten brengen mee dat duidelijkheid moet bestaan over de hoedanigheid van de wederpartij van de handelaar. Een en ander staat eraan in de weg om deze formele eisen uit de Colportagewet (analoog) toe te passen op overeenkomsten met andere wederpartijen, zeker met een moeilijk af te bakenen groep als “kleine ondernemers”, en dat geldt eveneens voor de door [eiseres] bepleite reflexwerking van deze regels via een algemene bepaling als art. 6:248 of art. 6:162 BW.’

De kleine ondernemer, met inbegrip van de zzp’er, kan zich dus niet direct of indirect beroepen op de (analoge) bescherming die de regeling koop op afstand aan de consument biedt.

4.4 De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

De positie van de commerciële contractant is een relevante factor bij de vraag of een beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Bij de invulling van deze norm wordt immers rekening gehouden met alle omstandigheden van het geval, waaronder ook de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding tussen partijen.⁶¹ De relatieve grootte en deskundigheid is dus naast alle andere feiten en omstandigheden van het geval een relevante factor voor het antwoord op de vraag of een beding in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De positie van specifiek de eenmanszaak speelt in een enkel geval een expliciete rol. Het Hof Den Bosch nam bij de vraag of een boetebeding krachtens artikel 6:94 BW moest worden gematigd (een species van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) mede in overweging dat sprake was van ‘onevenwichtigheid tussen de contractspartijen, in dit geval: enerzijds een kennelijk ervaren bedrijf tegenover een relatief onervaren eenmansbedrijf met een marginale bedrijfsvoering’.⁶² Ook hier komt uit de rechtspraak het beeld naar voren dat het enkele feit dat een kleine ondernemer in een concreet geval een beroep doet op de redelijkheid en billijkheid, nog geen reden is om dat toe te wijzen of om dat direct als een verzwarende omstandigheid aan te merken.⁶³ Dat is niet verrassend, omdat de vraag of het beroep op een beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval en één omstandigheid niet allesbepalend kan zijn.

51 J.H.M. Spanjaard, ‘Reflecteren op reflexwerking’, *ORP* 2017/101.

52 Zie par. 4.1 en voetnoot 43 voor dit rechtspraak-onderzoek en de gebruikte zoektermen.

53 Bijv. Hof Arnhem/Leewarden 28 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2679, *NJF* 2017/206 (bedrijfsvreemde activiteit van een zzp’er (loodgieter)); Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6526, *NJF* 2014/339 (r.o. 4.7): afnemen diensten van KPN is iets anders dan het verrichten van sportmassage-activiteiten; Rb. Almelo 27 november 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY4498, *Prg.* 2013/50 (*Proximedia*), r.o. 4.4: de door de eenmanszaak afgenomen ICT-diensten hingen niet onmiddellijk samen met de activiteiten van het bedrijf (het runnen van een familiecamping) en liggen daar buiten.

54 Bijv. Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2509, *NJF* 2016/427, r.o. 41: het enkele feit dat wederpartij *Proximedia* veel groter is dan eiser werd onvoldoende geacht; Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1845, *NJF* 2016/341 (‘het zijn van een “kleine ondernemer” [is] niet zonder meer voldoende [...] om reflexwerking aan te nemen, en het enkele feit dat verschil bestaat in expertise is evenmin voldoende’); Hof Den Bosch 4 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3054; Hof Den Bosch 11 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3146 (het enkele feit dat enige ongelijkheid bestaat tussen partijen is onvoldoende); Rb. Rotterdam 31 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2550.

55 Eenzelfde vraag is wel gesteld en negatief beantwoord voor de Wet op de oneerlijke handelspraktijken: een (in) directe toepassing op de kleine ondernemer is afgewezen: zie conclusie A-G Wissink voor HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:38.

56 *Kamerstukken II* 1995/96, p. 1691.

57 *Kamerstukken II* 2007/08, p. 3113-3114

58 Nota n.a.v. het Verslag, *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, 7, p. 9 en 12.

59 De basis hiervoor werd gevonden in art. 6:248 BW (de redelijkheid en billijkheid) of 6:162 BW (onrechtmatige daad). Zie het overzicht in de conclusie van A-G Wissink voor HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, *NJF* 2017/312, m.nt. Jac. Hijma, par. 3.24. Voor een voorbeeld: Rb. Utrecht 1 juni 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ8724.

4.5 Conclusie

De hoedanigheid van contractspartijen en hun relatieve grootte en/of deskundigheid is dus geregeld een relevante omstandigheid bij de invulling van open normen, zoals die besloten liggen in artikel 6:233 sub a en artikel 6:248 lid 2 BW, maar is niet altijd een doorslaggevende of zelfs relevante factor. Het feit dat soms een *zpp'er* beroep doet op deze open normen, speelt meestal geen kenbare bijzondere rol. Verder hebben wetgever en Hoge Raad geoordeeld dat de kleine ondernemer juist geen (in)direct beroep kan doen op beschermende bepalingen uit de Colportagewet en de regeling koop op afstand.

Wetgever en rechter bieden de kleine commerciële contractant incidenteel enige bescherming tegen zijn machtiger contractspartij, maar zeker niet als uitgangspunt of als automatisme

5 Wanneer corrigeren bij een ongelijke onderhandelingspositie?

Het beeld dat naar voren komt is dat wetgever en rechter de kleine commerciële contractant – met inbegrip van maar niet beperkt tot de *zpp'er* – incidenteel enige bescherming bieden tegen zijn machtiger contractspartij, maar zeker niet als uitgangspunt of als automatisme. Dat vind ik op zichzelf terecht.⁶⁴ Louter het bestaan van een ongelijke handelspositie vormt voor mij onvoldoende rechtvaardiging om één der partijen te beschermen, want machtsverschil is nu eenmaal de realiteit van het handelsverkeer. Daarbij komt dat een commerciële partij uit eigen keuze deelneemt aan het economische verkeer om daar economisch beter van te worden, en zich daarbij welbewust blootstelt aan meer en grotere risico's dan een consument. Verder geldt dat de commerciële partij, ook al is hij klein, doorgaans vaker contracten sluit en dus een *repeat player* is. Daarom mag van hem over het algemeen meer zelfredzaamheid en verstand van zaken worden verwacht dan van een consument. En als wel sprake is van een kennisachterstand ten opzichte van zijn wederpartij, dan kan hij die kennis inkopen en vind ik het als uitgangspunt niet onredelijk dat de commerciële contractant in beginsel

de consequenties van een kennisachterstand draagt. Tegen deze achtergrond bestaat geen aanleiding om hem snel bescherming te bieden als (louter) sprake is van een contractueel machtsverschil. Daar komt bij dat de rechtszekerheid kan worden ondergraven als te vaak uitzonderingen worden gemaakt op de contractsvrijheid. Vooral als dat op individuele basis moet worden gedaan door in een specifieke situatie gebruik te maken van open normen, zoals de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De werking daarvan is immers afhankelijk van alle feiten en omstandigheden van het geval en het is dus op voorhand niet goed in te schatten of een rechter afspraken tussen partijen terzijde stelt. Partijen weten tevoren dan niet goed of het contract dat zij sloten stand houdt en dat creëert onzekerheid. Dat kan bezwaarlijk zijn, omdat rechtszekerheid een te respecteren zwaarwegend belang is in het handelsverkeer.⁶⁵

Alleen een machtsverschil tussen commerciële contractanten vormt wat mij betreft onvoldoende motief om de kleine ondernemer te beschermen

Kortom, alleen een machtsverschil tussen commerciële contractanten vormt wat mij betreft onvoldoende motief om de kleine ondernemer te beschermen. In mijn oratie heb ik in breder verband, ten aanzien van het mkb in het algemeen, betoogd dat – kort samengevat – meer nodig is en dat sprake moet zijn van een *wezenlijke* disbalans in de positie van partijen wat betreft financieel/economische machtspositie, kennis en informatie.⁶⁶ Dat werkt door in de totstandkoming van een contract (een partij is zo afhankelijk van de andere partij dat zij het contract wel moet accepteren) en de inhoud daarvan (de zwakkere partij doorziet de nadelige consequenties niet of kan niet anders dan ze aanvaarden). Van een vrije wilsvorming is in die gevallen geen sprake en de contractsvrijheid werkt hier onevenwichtig. Als hierdoor de kleine ondernemer *onevenredig* wordt benadeeld (want enig nadeel moet mijns inziens in het handelsverkeer redelijkerwijze worden geaccepteerd), dan kan een helpende hand van wetgever of rechter gerechtvaardigd zijn. In mijn oratie heb ik dat een situatie van 'inequality of

60 HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, NJ 2017/312, m.nt. Jac. Hijma

61 Dat maakte de Hoge Raad in het *Saladin/HBU*-arrest al expliciet duidelijk in relatie tot exoneraties: HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, NJ 1967/261, m.nt. G.J. Scholten. Zie nader R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag: BJu 2018, p. 554-556.

62 Hof Den Bosch 4 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1536.

63 Zie Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2509, NJF 2016/427, waar in de procedure in het kader van de reflexwerking van de grijze en zwarte lijst een beroep werd gedaan op de vergelijkbare positie met de consument, maar dit bij art. 6:248 lid 2 BW niet terugkeerde. In vergelijkbare zin: Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1845; Hof Arnhem/Leuwarden 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5803. In Hof Amsterdam 27 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:173 en Hof Den Bosch 18 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:762 was de ondergeschikte positie van de kleine ondernemer naast andere omstandigheden onvoldoende voor een geslaagd beroep op art. 6:248 lid 2 BW. In Hof Arnhem/Leuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4217 werd wel een beroep gedaan op de ondergeschikte positie van de ondernemer, maar werd dat als onvoldoende onderbouwd afgeserveerd. In Hof Den Haag 25 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2018 werd wel een beroep gedaan op een ondergeschikte positie, maar was dat niet de reden dat een beroep op art. 6:248 lid 2 BW slaagde.

64 Zie ook Schelhaas 2018, p. 18 e.v. en in vergelijkbare zin Tjittes 2018, p. 24-27.

65 De redelijkheid en billijkheid moet mijns inziens dan ook terughoudend worden toegepast in het handelsverkeer: o.m. H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017/35.3 (met verdere verwijzingen naar andere auteurs).

66 Dit kan zijn veroorzaakt door financiële en/of economische afhankelijkheid van de sterke partij, en/of door niet een 'gewoon' maar een *groot* kennis- en informatietekort. Zie Schelhaas 2018, p. 19-20.

bargaining power plus' genoemd. Een wezenlijk ongelijke onderhandelingspositie is in dit verband een noodzakelijke maar geen voldoende voorwaarde.

6 Een status aparte voor de zzp'er?

6.1 Wat is bijzonder aan de zzp'er?

In paragraaf 1 tot en met 4 is uiteengezet dat weliswaar enige (wettelijke) bescherming voor de kleine ondernemer bestaat, maar dat dit slechts op incidentele basis vorm heeft gekregen. De grondslag voor de besproken beschermingsmechanismen is veelal nietszeggend en de reden voor de wetgevingsinitiatieven lijkt vaak op incidentenpolitiek. In de vorige paragraaf is aangevoerd dat voor bescherming van de (kleine) ondernemer meer nodig is dan louter een onevenwichtige machtspositie, want een verschil in onderhandelingspositie is inherent aan het handelsverkeer. Als al aanleiding bestaat voor bescherming van de kleine ondernemer, dan is de hierop volgende vraag of dat afhankelijk moet zijn van de concrete omstandigheden van het individuele geval. Of is structureel wettelijke aandacht nodig voor de zwakke commerciële contractant?

In veel gevallen is een individuele rechtelijke toets mijns inziens voldoende, maar soms is meer nodig.⁶⁷ Dat is het geval in situaties waar de positie van de zwakke commerciële contractant *structureel* onder druk staat en zodoende inherente problemen bestaan. Ik doel dan op bepaalde gevalstypen die per definitie een inherent gevaar creëren op de hiervoor in paragraaf 5 besproken financieel-economische afhankelijkheid of op een grote kennis- en informatieachterstand. Bij een substantieel probleem is ook een algemener wettelijke oplossing nodig. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie waarin een complex en risicovol (financieel) contract wordt gesloten, waar de kleine contractant weinig verstand van heeft en dat van hem een investering vergt. In een dergelijke situatie is al snel sprake van het onvolmaakt functioneren van de contractsvrijheid of de vrije wilsvorming (zie par. 5): de kleine contractant weet in wezen niet wat hij accepteert, is soms ook financieel-economisch afhankelijk van het product, het voorliggende contract en/of zijn wederpartij, terwijl het risico op een onevenredige benadeling groot is. In zo'n gevalstype is een mogelijke individuele oplossing door een

rechter wat mij betreft onvoldoende omdat het om een algemeen probleem gaat. Dan is ook een veelomvattender wettelijke oplossing denkbaar.⁶⁸

Ik denk dat goede argumenten bestaan om de zzp'er structureel in bescherming te nemen. Ik onderscheid drie niveaus

Een structurele oplossing kan ook geboden zijn als het niet zozeer gaat om *gevalstypen*, maar om een bepaald soort contractant dat inherent kwetsbaar is en waarbij in veel gevallen de hiervoor in paragraaf 5 omschreven wezenlijke disbalans en economisch-financiële afhankelijkheid bestaat. Het gaat hier dus niet zomaar en louter om een krachtsverschil, maar om meer dan dat. Wat betreft de positie van de zzp'er bestaat wat mij betreft in de meeste gevallen aanleiding om daarvan uit te gaan. In de regel gaat het hier namelijk om een natuurlijke persoon, die weliswaar in het kader van zijn beroep of bedrijf contracteert, maar niet veel (juridisch) verstand van zaken heeft, evenmin over veel financiële middelen beschikt om over de hele linie juridische kennis in te kopen of zich tegen financiële risico's te wapenen, en vaak ook financieel afhankelijk is van het contract of van zijn wederpartij. Daarom ontstaat een reëel risico op een wezenlijke disbalans in de positie van partijen en staat de vrije wilsvorming en contractsvrijheid inherent onder druk (zie par. 5). De start-up die financiering nodig heeft voor de groei van zijn bedrijf, zal bijvoorbeeld geen reële keuze hebben over het al dan niet afnemen van een krediet en is daar voor het welslagen van zijn onderneming volledig afhankelijk van. Een reële keuze om al dan niet een contract af te sluiten, heeft hij niet. Datzelfde geldt voor het eenmansbedrijf dat een bepaald product nodig heeft voor zijn bedrijfsvoering en dat moet afnemen van een groothandel. In wezen verschilt zijn situatie niet veel van een consument. Ook hij zal geregeld een kennisachterstand hebben ten opzichte van zijn wederpartij en van hem afhankelijk zijn.⁶⁹ Feitelijk *lijkt* hij ook geregeld op een consument: het is voor de wederpartij niet altijd kenbaar of hij met een consument handelt of met een natuurlijk persoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Dit zijn ook de hiervoor

67 Zie nader Schelhaas 2018, p. 21.

68 Voor een nadere uitwerking van deze gedachte: zie Schelhaas 2018, p. 23-30.

69 Er zijn natuurlijk wel verschillen, zoals de omstandigheid dat een ondernemer uit vrije keuze aan het handelsverkeer deelneemt en hij andersoortige schade lijdt (zie nader Tjittes 2018, p. 24-27), maar de gelijkheid overheerst.

in paragraaf 3 weergegeven redenen die in het financieel toezichtrecht en het energierecht de grondslag vormen om de kleine ondernemer als consument te behandelen. Ik denk daarom dat goede argumenten bestaan om de zzp'er structureel in bescherming te nemen. De volgende vraag is hoe. Volgens mij moet de oplossing worden gezocht in een vergelijkbare behandeling als de consument. Ik onderscheid drie niveaus.

Als een zzp'er zich in zijn handelen in niets onderscheidt van een consument, moet hij ook als zodanig worden behandeld en een beroep kunnen doen op het consumentenrecht

70 De 'consument' wordt niet overal identiek gedefinieerd: zie Schaub 2017. In art. 6:236, 7:408 en 7:986 BW gaat het om een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, terwijl volgens art. 6:230g, 7:5 BW en de Richtlijn consumentenrechten beslissend is of een persoon handelt voor 'doeleinden buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit'. Bij de regeling inzake de borgtocht gaat het om weer een ander criterium: zie art. 7:857 BW.

71 Dit wordt onder meer afgeleid uit de parlementaire geschiedenis (*Parl. Gesch. Boek 6 Inv.* (MvT en MvA II), p. 1651, 1655). Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/500.

72 Hijma 2016/29; Asser/Hijma 7-I 2013/77 en 78.

73 In vergelijkbare zin Loos 2013/23.

74 Vice versa geldt dat ook: de consument die privé-producten koopt maar lijkt op een bedrijfsmatige partij (hij koopt bijv. met een Makro-pas producten), kan zich niet beroepen op consumentenbescherming: vgl. met hetzelfde voorbeeld Asser/Hijma 7-I 2013/77.

75 Ontleend aan HvJ EU 20 januari 2005, ECLI:EU:C:2005:32, NJ 2006/278, m.nt. P. Vlas (*Gruber*), waar voor de toepasselijkheid van het Europees Executieverdrag werd geoordeeld dat een gemengde overeenkomst geen consumentenovereenkomst is, tenzij het beroepsmatige gebruik dermate marginaal is dat het in de globale context van de betrokken verrichting onbetekenend is.

76 Zie Asser/Hijma 7-I 2013/77.

77 Asser/Hijma 7-I 2013/77.

6.2 Wilsvertrouwensleer en de zzp'er

Het eerste niveau vormt de situatie waarin de zzp'er zelf, noch de aard van zijn transactie is te onderscheiden van een consument, maar hij feitelijk handelt voor zijn beroep of bedrijf. Hij koopt bijvoorbeeld als natuurlijk persoon voor de administratie van zijn bedrijf bij een reguliere en niet alleen voor ondernemers bestemde elektronikawinkel zoals de MediaMarkt een laptop. Voor de verkoper is het niet kenbaar dat hij als ondernemer en niet als consument handelt. Het komt hieraan op de vraag wanneer sprake is van een 'consument' in de zin van onder meer de algemene-voorwaarden-regeling en de regeling consumentenkoop. Beide regelingen gaan ervan uit dat een consument een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of een bedrijf (art. 7:5 resp. 6:236 BW).⁷⁰ Maar is dat het geval wanneer een persoon *daadwerkelijk* als consument een overeenkomst sluit, of is beslissend dat de wederpartij had moeten begrijpen dat hij handelde met een consument? In het Nederlandse recht wordt er wel van uitgegaan dat de eerste – de 'subjectieve' – leer moet worden gevolgd en dat de werkelijke subjectieve bestemming van de transactie beslissend is.⁷¹ Is dat beroeps- of bedrijfsmatig, dan is het geen consumententransactie. Ik voel echter meer voor de door Hijma bepleite 'objectiverende' visie, waarin niet de subjectieve intentie van de handelende partij beslissend is, maar het erom gaat waar de handeling objectief ge-

zien op lijkt.⁷² Voor de vraag of een contract is gesloten, met welke inhoud en met wie, is immers de wilsvertrouwensleer beslissend (art. 3:33 en 3:35 BW) en gaat het er dus om wat partijen over en weer hebben verklaard en wat men redelijkerwijze over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen heeft mogen afleiden. Met Hijma meen ik dat dat ook beslissend moet zijn voor het determineren van de *status* – consument of niet – van de wederpartij.⁷³ Dat betekent dat als een zzp'er zich in zijn handelen in niets onderscheidt van een consument, hij ook als zodanig moet worden behandeld en een beroep kan doen op het consumentenrecht.⁷⁴

6.3 De gemengde overeenkomst

Een andere situatie waarbij de vraag kan rijzen of het gaat om een consumenten-transactie of niet, is wanneer een 'gemengde overeenkomst' wordt gesloten, dus voor zowel bedrijfsmatige als voor privédoeleinden. Een schilder koopt bijvoorbeeld bij een normale, ook voor consumenten bestemde elektronikawinkel een laptop die hij gebruikt voor zowel de administratie van zijn bedrijf, als privé. Of een eenmansbedrijf koopt bij een reguliere en ook voor consumenten bestemde bouwmarkt als de Gamma een lading dakpannen, die hij voor de helft gebruikt voor zijn woonhuis en voor de andere helft voor zijn bedrijfspand.⁷⁵ Indien de verkoper niet weet dat het gaat om een transactie met een gemengd doel en denkt dat het louter een consumententransactie betreft, dan kwalificeert de transactie mijns inziens op basis van de wilsvertrouwensleer als een consumentenovereenkomst (zie nader paragraaf 6.2). Maar wat is rechtens indien de wederpartij wél weet dat het gaat om een transactie met in ieder geval een deels zakelijk karakter? Doorgaans wordt aangenomen dat moet worden gezien welk gebruik overheersend is.⁷⁶ Is dat privégebruik, dan gaat het om een consumenten-transactie. Maar wordt de computer vooral voor beroeps- of bedrijfsdoeleinden gebruikt, dan gaat het om een zakelijke transactie. Hijma voert terecht aan dat wanneer het goed *grosso modo* in gelijke mate voor privé- en zakelijke doeleinden wordt gebruikt, het consumenten-aspect zodanig belangrijk is, dat de transactie dan als een consumenten-transactie moet worden aangemerkt.⁷⁷ Gaat het om een zzp'er die zo'n gemengde transactie sluit, dan zou ik gezien de hiervoor in paragraaf 6.1 gesignaleerde gelijkheid met een consument een stap verder willen gaan

en alleen dan niet van een consumenten-transactie willen spreken als het gebruik in de privésfeer duidelijk ondergeschikt is aan het zakelijke gebruik.

6.4 Nóg een stap verder: de zzp'er altijd als consument?

Gezien de bijzondere positie van de zzp'er en diens gelijkenis met de consument, bestaat naar mijn mening aanleiding om wat betreft de zzp'er de (consumenten)bescherming nog wat verder uit te breiden. Wat mij betreft dient de natuurlijke persoon die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf over de hele linie dezelfde bescherming toe te komen als de consument, althans als sprake is van een ongelijke onderhandelingspositie en hij handelt met een grotere professionele partij.⁷⁸ Dat betekent onder meer dat hij net als bij energiecontracten de algemene-voorwaarden-regeling mag inroepen (met inbegrip van de grijze en zwarte lijst), een beroep kan doen op de regeling inzake koop op afstand (inclusief de bedenktijd) en zich kan beroepen op de regels over consumentenkoop. Ik wijs hier op de gemeenschappelijke karakteristieken van consument en zzp'er die ik in paragraaf 6.1 signaleerde: wat betreft kennis, kunde, onderhandelingspositie, (financiële) kwetsbaarheid en relatieve grootte jegens de wederpartij, verschilt zijn positie in de regel niet wezenlijk van die van een consument. De juridische bejegening moet dan ook niet wezenlijk anders zijn. In de woorden van de hiervoor al aangehaalde brief van de minister van Financiën is het kennisniveau van de kleine partij vergelijkbaar aan die van de consument en kan zij '[...] niet altijd de volledige consequenties van hun handelen overzien of de impact bepalen van producten of specifieke bepalingen'.⁷⁹ Het bezwaar van de Hoge Raad in het kader van de reflexwerking van de Colportagewet dat het zou gaan om een moeilijk af te bakenen groep, geldt hier verder niet: de zzp'er is een eenvoudig te identificeren partij.⁸⁰

Deze uitbreiding van de consumentenbescherming naar zzp'ers is natuurlijk grofmazig en brengt het bezwaar met zich dat sommige partijen zich hierop kunnen beroepen, zonder dat zij dat nodig hebben. De juridische zzp'er die zijn beroep maakt van juridische advisering is van een ander kaliber dan de startende ondernemer die niet over enige juridische kennis beschikt. Maar dat is, zoals ik in paragraaf 2 aangaf,

in feite ook het geval bij de categorische bescherming van consumenten. Het enkele feit dat sommige specifieke contractanten bescherming ontvangen die ze niet nodig hebben, vormt voor mij dan ook geen zwaarwegend contra-argument. Als tegenhanger geldt mijns inziens dat die bescherming voor het merendeel wél in een behoefte voorziet. Ik realiseer mij verder ook dat het uitbreiden van de consumentenbescherming naar zzp'ers de vraag oproept of andere kleine ondernemers met enkele werknemers in dienst niet ook een bijzondere behandeling behoeven. Dat is een legitieme vraag, die nader onderzoek vergt, ook omdat deze categorie pluriformer en moeilijker identificeerbaar is dan de zzp'er. Voor de zzp'er bestaat voor mij in ieder geval voldoende reden om hem categorisch onder de wettelijke definitie(s) van consument te scharen.

Wat mij betreft bestaat geen overtuigende reden de zzp'er wezenlijk anders te behandelen dan een consument

7 Conclusie

Deze bijdrage draait om de Calimero in het commerciële contractenrecht: de zzp'er. Naar mijn smaak lijkt zijn feitelijke positie op die van de consument. Zijn *rechtspositie* is wel wezenlijk anders. Weliswaar nemen wetgever en rechter de kleine ondernemer, met inbegrip van de zzp'er, incidenteel in bescherming, maar dat is niet zo structureel als bij de consument. Ik heb betoogd dat dat als uitgangspunt te billijken is en dat het *enkele* feit dat ongelijkwaardigheid bestaat tussen commerciële contractanten nog geen wettelijk of gerechtelijk ingrijpen rechtvaardigt. Een ongelijke machtsverhouding is nu eenmaal inherent aan het handelsverkeer en als zodanig niet verwerpelijk of oneerlijk. Maar de zzp'er vervult in het commerciële krachtenveld mijns inziens in die zin een bijzondere positie, dat hij bijna *inherent* de onderliggende partij is en bij hem de contractsvrijheid en vrije wilsvorming structureel onder druk liggen. In die zin verschilt hij niet wezenlijk van een consument. Wat mij betreft bestaat dan ook geen overtuigende reden hem wezenlijk anders te behandelen dan een consument.

⁷⁸ Dus niet als het gaat om de contractuele relatie tussen een consument en een zzp'er, of tussen zzp'ers onderling.

⁷⁹ Zie het overzicht dat de minister van Financiën geeft in zijn brief van 12 april 2017 aan de Tweede Kamer.

⁸⁰ HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, NJ 2017/312, m.nt. Jac. Hijma.