

Mogelijkheden voor verbetering van de positie van zzp'ers

Frans Pennings¹

1. Inleiding

In 2016 is Sjef de Laat aan de Universiteit Utrecht gepromoveerd op een proefschrift over algemene voorwaarden in het arbeidsrecht.² Het was een indrukwekkende prestatie, niet alleen omdat hij zo'n omvangrijk onderzoek naast zijn gewone werk heeft gedaan, maar ook inhoudelijk. De Laat heeft twee gebieden met elkaar verbonden waar de gemiddelde arbeidsjurist nog nooit aan gedacht had. Ik heb hem toen gevraagd of hij ook een verband wist te leggen tussen algemene voorwaarden en zzp'ers. Nog tijdens de verdediging van zijn proefschrift wist ik hem de belofte te ontlokken om hierover een artikel voor het *Tijdschrift Recht en Arbeid (TRA)* te schrijven. Hij heeft zijn belofte – uiteraard – gestand gedaan.³ Dit is een mooie gelegenheid om op dit artikel te reageren.

2. Ondernemersrisico's en zzp'ers

In discussies over zzp'ers wordt vaak gesproken over persoonsgerelateerde risico's waar wellicht collectieve bescherming voor moet komen. Het gaat hier om risico's waar zij weinig of geen invloed op hebben. Denk aan ziekte, arbeidsongeschiktheid of het bereiken van een leeftijd waarop ze niet meer kunnen werken. Er vinden dan – vaak heftige – discussies plaats of zzp'ers vrijwillig of verplicht verzekerd kunnen of moeten worden tegen één of meer van dergelijke risico's. Werkloosheid hoort niet in dit rijtje thuis, dat risico wordt algemeen als ondernemersrisico gezien. Er zijn ook andere ondernemersrisico's voor zzp'ers, zoals het risico dat ze een laag inkomen verdienen, het risico van late betaling of wanbetaling voor hun diensten, en wijziging of voortijdige beëindiging van de opdracht. Aangezien sommige zzp'ers heel weinig reserves hebben, kan zo'n situatie voor hen grote problemen opleveren. De onderhandelingsmacht van sommige zzp'ers is niet groter dan van de gemiddelde werknemer, zodat ze zich meestal

1 Hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Utrecht.

2 J.J.M. de Laat, *Naar zwarte, grijze en blauwe lijsten in het arbeidsrecht. Een pleidooi voor algemene voorwaarden in het arbeidsrecht*, Kluwer, 2016.

3 J.J.M. de Laat, 'De overeenkomst van opdracht, algemene voorwaarden en de zelfstandige zonder personeel', *TRA* 2017/69.

bij dit soort situaties moeten neerleggen. Werknemers kennen in dit soort situaties een behoorlijk strak geregelde wettelijke bescherming.

Is een dergelijk verschil wel altijd gerechtvaardigd? Interessant is dat een van de principes van de recent aangenomen Europese pijler van sociale rechten⁴ bepaalt dat 'ongeacht de aard en de duur van hun arbeidsrelatie werknemers en, onder vergelijkbare voorwaarden, zelfstandigen recht hebben op adequate sociale bescherming'. Wat verstaan wordt onder sociale bescherming is niet nader aangeduid, het is een open begrip, maar de in de vorige alinea genoemde risico's mogen we er wel toe rekenen. In deze bijdrage wil ik ingaan op de vraag of en hoe de positie van de zzp'er verbeterd kan worden.

3. Het wettelijk kader voor de opdrachtovereenkomst

Zzp'ers werken op basis van een overeenkomst tot opdracht,⁵ geregeld in artikel 7:400 BW e.v. Deze is veel meer regelend van aard dan de arbeidsovereenkomst en partijen kunnen in hun overeenkomst van veel wettelijke bepalingen afwijken. Aangezien in de tijd dat deze wettelijke bepalingen werden gemaakt, zelfstandigen vooral voor particulieren werkten, is de wettelijke bescherming van de opdrachtovereenkomst, voor zover die er al is, vooral gericht op de opdrachtgever.⁶ Een particulier die een loodgieter inhuurt kan zodoende bijvoorbeeld gemakkelijk een opdracht beëindigen zonder schadevergoeding te hoeven betalen. Bij een zzp'er die werkt voor een groot bedrijf hebben we echter een andere situatie, waarin de zzp'er juist erg afhankelijk kan zijn van die opdrachtgever. Het is dan problematisch dat juist de opdrachtgever bescherming krijgt.⁷

Symbolisch, maar niet zonder juridische betekenis, is dat artikel 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij de werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen, maar dat een dergelijke bepaling niet ten aanzien van de opdrachtgever bestaat.⁸ Dat kan van belang zijn bij geschillen, aangezien uit de eis van goed opdrachtnemerschap normen voortvloeien die bij een belangenafweging ten voordele van de opdrachtgever kunnen uitpakken.

De vraag rijst dan ook of er geen aparte regeling moet komen voor zzp'ers, zoals ook De Laat zich in het TRA-artikel afvraagt. Het vervolg van deze bijdrage gaat in op een aantal hoofdelementen van de rechtspositie van de zzp'er.

4 https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_nl; zie ook F. Pennings, 'Een Europese pijler van sociale rechten', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 23 (9/10), 2017, p. 233-240.

5 Of ze werken op een overeenkomst tot het aannemen van werk. Aangezien de gelijkenissen tussen zzp'ers, werkzaam op een overeenkomst tot opdracht, en werknemers het grootst zijn, zal de opdrachtovereenkomst hier besproken worden.

6 Kamerstukken II, 1982-1983, 17 779, nr. 3, p. 2.

7 T. Hartlief, 'Vrijheid en bescherming in het contractenrecht', *Contracteren 1* (2003), p. 8.

8 K. Oey (2014), *De rechtspositie van de zzp'er in vergelijking met de werknemer*, masterscriptie Universiteit Utrecht.

4. De beloning

4.1 Het huidige wettelijk kader

Het Burgerlijk Wetboek legt vast dat als de overeenkomst door de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan, de opdrachtgever hem loon verschuldigd is. Bij overeenkomsten die hierover onduidelijk zijn (het kan bijvoorbeeld een mondelinge overeenkomst zijn), geeft deze bepaling bescherming aan de opdrachtnemer. Als de hoogte van het loon niet door partijen bepaald is, dan is de opdrachtgever het op de gebruikelijke wijze berekende loon of, bij gebreke daarvan, een redelijk loon verschuldigd.

Ofschoon deze formulering (noodzakelijkerwijs) vaag is, geeft ze enige aanknopingspunten. Zo kan gebruik worden gemaakt van de tarieven en afspraken die gebruikelijk zijn in de bedrijfstak om het loon vast te stellen. Als die informatie niet aanwezig is, dan zal een deskundige hierover informatie moeten verschaffen, en die zal ook naar de gebruiken in de branche moeten kijken en naar het werk dat de opdrachtnemer heeft verricht. De wet bepaalt voorts dat de opdrachtgever aan de opdrachtnemer de onkosten moet vergoeden die verbonden zijn aan de uitvoering van de opdracht, voor zover deze niet in het loon zijn begrepen.

De Hoge Raad overwoog in een arrest dat wat in een concreet geval als een redelijk loon heeft te gelden onder meer afhangt van de aard en de zo nodig schattenderwijs te bepalen omvang van de verrichte werkzaamheden en van hetgeen in de branche gebruikelijk is. Aan de bepaling van een redelijk loon kan, aldus de Hoge Raad, geen nauwkeurige berekening ten grondslag worden gelegd, waardoor geen hoge eisen kunnen worden gesteld aan de stelplicht van de opdrachtnemer en de motivering door de rechter.⁹ Met deze uitspraak komt de Hoge Raad de zzp'er dus in enige mate tegemoet.

De wet en deze jurisprudentie zijn echter niet of nauwelijks van belang als de tarieven wel zijn vastgelegd, maar zo laag zijn dat zzp'ers er slechts een heel laag inkomen mee kunnen verdienen. Ten dele is dit een ondernemersrisico en ten dele compenseren de speciale belastingregelingen voor zelfstandigen de lage inkomsten. Dat neemt echter niet weg dat deze lage tarieven een probleem vormen, al was het maar omdat op een gegeven moment een beroep gedaan kan worden op sociale voorzieningen en omdat door de lage tarieven oneigenlijke concurrentie met werknemers plaats kan vinden ('social dumping').

De positie van de zzp'er zou aanmerkelijk versterkt worden als hij zich met anderen kan verenigen en zo gemeenschappelijke voorwaarden kan vaststellen. Een beperking hierbij is de Mededingingswet, die prijsafspraken verbiedt. Daarbij biedt de zogenoemde bagatelbepaling enig soelaas. Deze geldt voor afspraken tussen maximaal acht ondernemingen met gezamenlijk niet meer dan € 500.000 omzet, als ze in hoofdzaak goederen leveren of niet meer dan € 1,1 miljoen, als het om andere ondernemingen gaat.

⁹ HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1680 (3Span/Recreatiebeheer Brabant Limburg).

Onlangs is de uitzondering uitgebreid tot overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van daadwerkelijke of potentiële concurrenten op een of meer van de relevante markten. De uitzondering geldt indien het gezamenlijke marktaandeel van de bij de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen of ondernemersverenigingen op geen van de relevante markten groter is dan 10%. Bovendien mag de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig beïnvloeden (artikel 7 Mededingingswet). Als de groep groter is, mogen volgens de Mededingingswet geen prijsafspraken worden gemaakt. Uit een evaluatie blijkt dat van deze mogelijkheid slechts beperkt gebruik wordt gemaakt. Overigens was slechts 10% van de geënquêteerde bedrijven op de hoogte van deze bepaling en verklaarden de deelnemers dat er geen grote behoefte aan was, onder andere omdat ze geen goede samenwerkingspartners zien.¹⁰

4.2 Zzp'ers en mededingingsrecht

Vanwege de beperkte betekenis van de bagatelbepaling en de problemen voor zzp'ers om zich te organiseren, rees de vraag of afspraken ten behoeve van zzp'ers in een collectieve arbeidsovereenkomst kunnen worden gemaakt. Een cao kan op grond van artikel 1 lid 2 Wet CAO ook overeenkomsten van opdracht of aanneming van werk betreffen. Toch zijn de mogelijkheden om in een cao aparte (minimum)tarieven voor opdrachtnemers vast te leggen beperkt. Dat blijkt uit het arrest FNV-Kiem. In 2006 werd in de cao voor remplaçanten bij symfonieorkesten een tarief vastgelegd voor niet-werknemers. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) wijdde hier echter een zogeheten visiedocument aan,¹¹ waarin ze concludeerde dat vaste of minimumtarieven voor zelfstandigen in een cao in strijd zijn met de Mededingingswet.

De FNV vocht dit standpunt aan voor Rechtbank en Hof Den Haag. De laatste legde vragen hierover voor aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Eerder had dit Hof al het Albany-arrest¹² gewezen, waarin het oordeelde dat arbeidsvoorwaarden ten gunste van werknemers in cao's in beginsel niet onder de mededingingsbepalingen van het EU-Verdrag vallen. Nu was de vraag echter of afspraken ten behoeve van zzp'ers die gemaakt zijn met het oog op de bescherming van werknemers tegen te goedkope zzp'ers ook onder de Albany-exceptie vallen. Het Hof beantwoordde de vraag in het arrest FNV-Kiem¹³ ontkennend. In cao's kunnen derhalve geen minimumafspraken voor zzp'ers worden vastgelegd, althans niet voor echte zelfstandigen. Voor schijnzelfstandigen kan het wel, aldus het Hof. Dat lijkt een open deur, maar interessant is dat het Hof een ruime definitie geeft van schijnzelfstandigen. Het overwoog dat een dienst-

¹⁰ De Laat (2017).

¹¹ Nederlandse Mededingingsautoriteit (2007), Visiedocument Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet, Den Haag: NMa.

¹² HvJ 21 september 1999, zaak C-67/96 (Albany), *Jur.* 1999, I-5751.

¹³ HvJ 4 december 2014, zaak C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411.

verlener zijn hoedanigheid van zelfstandige marktdeelnemer, en dus van ondernemer, kan verliezen, wanneer hij niet zelfstandig zijn marktgedrag bepaalt, maar volledig afhankelijk is van zijn opdrachtgever, doordat hij geen van de uit de werkzaamheid van deze laatste voortvloeiende financiële en commerciële risico's draagt en werkzaam is als in de onderneming van bedoelde opdrachtgever opgenomen medewerker (overweging 33). Van belang is daarom of de werkende onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, hij niet deelt in de commerciële risico's van die werkgever en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt (overweging 36). De kwalificatie als zelfstandige naar nationaal recht sluit, aldus het Hof, niet uit dat een persoon moet worden aangemerkt als werknemer in de zin van het Unierecht, indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is en dus een echte arbeidsverhouding verhult (overweging 35). Als iemand als werknemer in de zin van het Unierecht wordt aangemerkt zijn de mededingingsbepalingen niet van toepassing.

Het Hof hanteert dus met name het criterium of de werkende in de organisatie van de werkgever past voor wat betreft de bepaling van het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken om hem als schijnzelfstandige te beschouwen. Deze criteria zijn ruimer dan de huidige Nederlandse, die voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst toetsen of de werkenden zich kunnen laten vervangen en of er een gezagsrelatie is met de werkgever.

Het criterium van het Hof is zeker van belang. Terwijl de concertremplaçanten vóór het stellen van de prejudiciële vragen als zelfstandigen en ondernemers beschouwd werden door het Hof Den Haag en ook A-G Wahl dat deed, oordeelde het Hof Den Haag na het arrest van het Hof van Justitie dat concertremplaçanten schijnzelfstandigen zijn voor het mededingingsrecht, omdat zij zich aan voorschriften van plaats, tijd en inhoud moeten houden.¹⁴ Dat zij zich eventueel mogen laten vervangen is dus niet relevant.

Conclusie is dat voor echte zelfstandigen cao-partijen geen afspraken mogen maken over hun beloning en arbeidsvoorwaarden. Het is wel mogelijk dat in een wettelijke regeling bepaalde minimumvoorwaarden voor zzp'ers worden vastgelegd. Voorwaarde daarvoor is dat de overheid zelf niet indirect in strijd mag handelen met het mededingingsrecht door verboden ondernemersafspraken te bevorderen, te faciliteren of goed te keuren, en dat op basis van het nationale recht vrijgestelde afspraken tussen zzp'ers niet in strijd kunnen komen met het Europese kartelverbod.¹⁵ Dit criterium biedt veel onzekerheid en de kans dat er gebruik van wordt gemaakt is niet erg groot.

Voor schijnzelfstandigen conform de definitie van het Hof kunnen wel afspraken worden gemaakt. Er wordt echter nog weinig gebruik van gemaakt. Uiteindelijk heeft ook

¹⁴ Hof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305.

¹⁵ A. Gerbrandy en P. Kreijger, Position paper 'Mededingingsrecht in relatie tot samenwerking tussen zzp'ers', Utrecht: Universiteit Utrecht, p. 40.

de ruimte die het Hof bood voor de concertreplaçanten geen praktische betekenis gekregen, aangezien de cao al was ingetrokken na het visiedocument van de NMa.

4.3 Het voorstel van De Laat

In het genoemde TRA-artikel stelt De Laat voor om overeenkomsten voor loon neer te leggen in een standaardregeling ex artikel 6:214 BW:

‘Een overeenkomst door een der partijen gesloten in de uitoefening van haar bedrijf of beroep, is behalve aan de wettelijke bepalingen ook onderworpen aan een standaardregeling, wanneer voor de bedrijfstak waartoe het bedrijf behoort, of voor het beroep ten aanzien van zodanige overeenkomst een standaardregeling geldt. De bijzondere soorten van overeenkomsten waarvoor standaardregelingen kunnen worden vastgesteld en de bedrijfstak of het beroep, waarvoor elk dezer regelingen bestemd is te gelden, worden bij algemene maatregel van bestuur aangewezen.’

Een standaardregeling wordt vastgesteld, gewijzigd en ingetrokken door een daartoe door de minister van Justitie te benoemen commissie en vastgesteld (en veranderd en ingetrokken) door de minister van Justitie.

Tot dusver wordt zelden of niet gebruik gemaakt van deze standaardregelingen. Volgens De Laat zou een standaardregeling het loon kunnen vastleggen voor een beroep of bedrijf, maar ook voor een overeenkomst van opdracht in het algemeen, of een overeenkomst van opdracht in bepaalde bedrijfstakken.

Een commissie voor een standaardregeling wordt voor ten minste twee derde samengesteld uit leden die voorgedragen zijn door aangewezen representatieve organisaties in de betreffende beroep(sgroep) of bedrijf(stak).

De Laat gaat niet in op de vraag of deze in de standaardregeling vastgelegde afspraken in strijd zijn met het mededingingsrecht. Het is echter erg aannemelijk dat dit wél het geval is. We hebben in de vorige paragraaf gezien dat de overheid weliswaar een regeling mag treffen om zaken te regelen, en dat dit ook verplichtstelling van een door betrokkenen gemaakte regeling kan betreffen, maar dat geen inbreuk gemaakt mag worden op het mededingingsrecht. In het Albany-arrest was de vraag aan de orde of een cao algemeen verbindend verklaard kan worden. Het Hof oordeelde dat dit mag: aangezien de in geding zijnde overeenkomst (de cao dus) niet onder de mededingingsbepalingen valt, zijn de lidstaten vrij die aansluiting verplicht te stellen voor personen die niet door de overeenkomst gebonden zijn.

De standaardregeling is geen cao, vastgesteld door onderhandelingen tussen sociale partners om de arbeidsvoorwaarden voor werknemers te verbeteren. De regeling heeft ook betrekking op echte zelfstandigen. Ze voldoet daarom niet aan de immuniteitsvoorwaarden van het Hof en er is een aanzienlijk risico dat mededinging hierdoor wel beperkt wordt. Niet alleen de mededingingsautoriteiten zullen hier problemen mee hebben, er kunnen ook zelfstandigen zijn die zich in hun mededingingsmogelijkheden beperkt voelen en de regeling zullen aanvechten.

4.4 Alternatieven

Aangezien ook cao-bepalingen die betrekking hebben op schijnzelfstandigen buiten de bepalingen van het mededingingsrecht vallen, zouden we kunnen nagaan of standaardregelingen minimumtarieven voor hen kunnen vaststellen. Het blijft dan onduidelijk voor welke groepen dat gaat gebeuren (wordt dat afhankelijk van lobbywerk?), wie hierbij betrokken wordt en hoe hoog het tarief wordt vastgesteld. Bovendien is de regeling niet op basis van onderhandelingen tussen sociale partners tot stand gekomen, dus men kan zich afvragen of zelfs voor de groep van schijnzelfstandigen een standaardregeling met tariefafspraken zou mogen. Bovendien zou zo'n regeling onderscheid moeten maken tussen schijnzelfstandigen en echte zelfstandigen, hetgeen in het kader van zo'n regeling erg ingewikkeld is.

De overheid zou wel zelf een regeling kunnen maken, zoals bijvoorbeeld een regeling van wettelijk minimumloon geoorloofd is. Het vaststellen van tarieven voor de verschillende groepen zzp'ers is echter erg gecompliceerd en ook hier zal het erg moeilijk zijn om strijd met mededingingsregels te voorkomen.

Voor een tarievenregeling ligt het voor de hand om aan te sluiten bij het onderscheid dat het Hof van Justitie maakt tussen zelfstandigen en schijnzelfstandigen. De mogelijkheid om in cao's afspraken te maken voor schijnzelfstandigen is nogal theoretisch (werkgevers zullen daar vaak een voordeel in zien). Daarom is het nuttig om te kijken of niet op een bepaalde manier cao-bepalingen tot schijnzelfstandigen uitgebreid kunnen worden. Gelet op het feit dat schijnzelfstandigen in een vergelijkbare positie als werknemers verkeren en vergelijkbare behandeling daarom geboden is, zouden we kunnen denken aan uitbreiding van de werkingsfeer van de cao. Ik denk hierbij enkel aan de beloningsbepalingen, omdat de toepassing van andere bepalingen moeilijk te overzien is. Geïnspireerd door artikel 14 Wet CAO zou artikel 14a van deze wet kunnen luiden:

‘Wanneer bij de cao niet anders is bepaald, is de werkgever die door die overeenkomst gebonden is verplicht, tijdens den duur dier overeenkomst hare bepalingen omtrent de beloning zo veel mogelijk overeenkomstig ook na te komen bij de overeenkomsten van degenen die tijdens de duur van de arbeidsverhouding opgenomen zijn in de onderneming van de werkgever en onder leiding van die onderneming handelen ook al zijn zij anders dan op arbeidsovereenkomst werkzaam.’

Een dergelijke bepaling zal in sommige gevallen interpretatievragen oproepen (wie valt er precies onder, en wat betekent ‘zo veel mogelijk overeenkomstig’?) of zelfs soms ongewenste resultaten kunnen opleveren. De zinsnede ‘wanneer bij cao niet anders is bepaald’, geeft echter de mogelijkheid om de cao toe te snijden op de betreffende bedrijfstak. Het kan zelfs betekenen dat de cao niet van toepassing wordt verklaard op de opdrachtnemers, maar daarvoor is instemming van de vakbonden nodig. De bepaling geeft daarmee vakbonden ‘een kontje’ om de positie van de schijnzelfstandigen adequaat te regelen.

Is de werkgever niet gebonden aan een cao, dan heeft de nieuwe bepaling geen effect. We zouden er dan aan kunnen denken aansluiting te zoeken bij de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van cao's (Wet AVV). Artikel 6a van die wet zou kunnen luiden:

‘Verbindend verklaarde bepalingen gelden ook, tenzij anders bepaald is in de betreffende cao, ten aanzien van degenen die tijdens de duur van de arbeidsverhouding opgenomen zijn in de onderneming van de werkgever en onder leiding van die onderneming handelen, ook al zijn zij anders dan op arbeidsovereenkomst werkzaam, indien deze bepalingen betrekking hebben op beloning.’

De bepaling kan vervolgens nader specificeren, naar analogie van artikel 2 lid 6 Wet AVV, dat betrekking heeft op gedetacheerde buitenlandse werknemers, wat wel onder beloning verstaan wordt en wat niet.

Ook deze regeling biedt de mogelijkheid om in een cao te ontkomen aan de toepassing ervan op opdrachtnemers als partijen dat noodzakelijk vinden. Omdat het gaat om schijnzelfstandigen is de regeling ‘FNV-Kiem proof’. En het is geen lege huls: uit het in maart 2019 gepubliceerde onderzoek van de Belastingdienst blijkt dat in een steekproef bij meer dan in 50% van de bezochte bedrijven sprake is van wat we schijnzelfstandigen mogen noemen.¹⁶

Er zijn ook zzp'ers die niet in de organisatie van een onderneming opgenomen zijn, zoals tolken of vertalers, de ‘solitaire zzp'ers’ ofwel echte zelfstandigen. Betreffende zzp'ers zouden zelf kunnen onderzoeken of voor hun beroepsgroep afspraken gewenst zijn en of de bagatelbepaling hier soelaas biedt. Indien die behoefte er niet is, heeft een regeling weinig zin en is deze ook niet gewenst. Uiteindelijk zijn het wel echte zelfstandigen.

5. Versterking van de positie van zzp'ers

Zoals we hebben gezien kan, aangezien de wettelijke bepalingen van de opdrachtovereenkomst van regelen recht zijn, van veel bepalingen van het Burgerlijk Wetboek worden afgeweken. Dat kan dus ook ten nadele van de zzp'ers zijn, en dat zal zeker bij een grote opdrachtgever kunnen gebeuren, die in algemene voorwaarden veel van de risico's bij de zzp'ers kan leggen. Het BW geeft, anders dan bij consumenten, geen bescherming tegen onredelijk bezwarende voorwaarden.¹⁷

De Laet vraagt zich in het TRA-artikel af of een regeling à la de zwarte en grijze lijsten van algemene voorwaarden (artikel 6:236 en 6:237 BW) die voor consumenten gelden ook voor bedingen voor zzp'ers zouden kunnen gelden. Hij vraagt zich echter af of dit

¹⁶ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/03/05/kamerbrief-rapportage-toezichtsplan-arbeidsrelaties>.

¹⁷ De Laet (2017).

voor zzp'ers wat kan opleveren, zeker bij de huidige formulering van de regeling. In ieder geval is de weg om de onredelijke bezwarendheid van algemene voorwaarden aan te kaarten vaak bezwaarlijk voor de individuele zzp'er.

Bij dit type voorwaarden zou de standaardregeling, voorgesteld door De Laat, zinvol en mogelijk kunnen zijn. Het risico van overtreding van mededingingsbepalingen is hier veel kleiner dan bij beloningsbepalingen. De vraag is echter of zo'n regeling wel gemaakt gaat worden en of het nodig is om dit per beroepsgroep of bedrijfstak te regelen. Het risico is dat er een uiteenlopend palet van regels ontstaat en dit kan tot onoverzichtelijkheid en rechtsonzekerheid leiden.

Aangezien de wet nu al bescherming biedt, maar deze weggecontracteerd kan worden, zou een eerste eenvoudige stap kunnen zijn om na te gaan bij welke bepalingen de mogelijkheid van wegcontracteren kan worden weggenomen bij zzp'ers, dat wil zeggen bedrijfs- of beroepsmatig werkende opdrachtnemers die geen personeel in dienst hebben.

Zo regelt de wet dat indien de overeenkomst eindigt voordat de opdracht is volbracht of de tijd waarvoor zij is verleend, is verstreken, en de verschuldigdheid van loon afhankelijk is van de volbrenging of van het verstrijken van die tijd, de opdrachtnemer recht heeft op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon (artikel 7:411 BW). Daarmee is een zekere bescherming gegeven aan de opdrachtnemer, aangezien anders gesteld zou kunnen worden dat als de opdracht niet is afgerond, niets verschuldigd is. Van deze regels kan bij overeenkomst worden afgeweken, behalve ten nadele van de (particuliere) opdrachtgever; het kan dus wel ten nadele van de opdrachtnemer. 'No cure, no pay' is dus ook mogelijk. Of de rechter deze afwijking ten nadele in bepaalde gevallen corrigeert, is niet in het algemeen te zeggen. Er is daardoor sprake van onzekerheid. Het lijkt me wenselijk dat deze mogelijkheid van wegcontracteren niet meer openstaat bij zzp'ers werkzaam voor een beroepsmatig of bedrijfsmatig werkende opdrachtgever.

Ook zou het zinvol zijn dat geregeld wordt dat een zzp'er een geldige reden voor voortijdige beëindiging van de opdracht mag verlangen. Hierbij zou nader gedefinieerd moeten worden aan welke criteria zo'n geldige reden moet voldoen (bijvoorbeeld: onvoldoende middelen bij de opdrachtgever, onvoldoende kwaliteit van het werk door de opdrachtnemer, maar geen reden is: een goedkoper aanbod van een andere partij). Verder zou er ook een regeling voor de opzegperiode moeten komen, die het de zzp'er mogelijk maakt werk te zoeken tijdens de opzegperiode, waardoor het risico op het niet hebben van werk kleiner wordt. Als opzegperiode zou voor een duurovereenkomst een periode van twee maanden kunnen worden aangehouden, tenzij dat gelet op de duur van de werkzaamheden tot dusver en/of de reden van beëindiging disproportioneel is. Ook zou geregeld moeten zijn dat bij tussentijdse beëindiging door de opdrachtgever het loon naar evenredigheid van de verrichte diensten of de duur van de werkzaamheden wordt betaald, waarvan alleen afgeweken kan worden als dat disproportioneel is, gelet op de reden van beëindiging.

Ten slotte is ook het laat betalen van rekeningen een groot probleem voor de zzp'er. Geregeld zou kunnen worden dat rekeningen over verrichte werkzaamheden betaald

worden binnen vier weken, en dat daarna de wettelijke rente per dag betaald moet worden.

6. Conclusies

Sjef de Laat heeft in zijn proefschrift en *TRA*-artikel veel interessante ideeën neergelegd, die alleszins aanleiding geven voor verdere gedachtenvorming over een lastig onderwerp. Het is een actueel onderwerp, waar op het moment van schrijven van deze bijdrage zelfs een officiële commissie mee bezig is (Commissie Regulering van werk).¹⁸ In mijn bespreking van De Laats voorstellen heb ik meer nadruk gelegd op de mededingingsbepalingen dan De Laat deed. De jurisprudentie van het Hof van Justitie hierover is echter ook aanknopingspunt voor voorstellen om voor schijnzelfstandigen een regeling te treffen die aansluit bij die jurisprudentie.

De Laat heeft terecht bezwarende algemene voorwaarden voor zzp'ers aangekaart. Het is zinvol om hierover te blijven nadenken. Een verbetering van de huidige regeling neemt nog niet het probleem van lage tarieven voor de echte zelfstandigen weg, maar vermindert wel een aantal andere ondernemersrisico's die oneigenlijk zijn voor zelfstandigen met een kleine onderhandelingspositie.

18 <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2018/11/07/commissie-regulering-van-werk-buigt-zich-over-toekomst-arbeidsmarkt>.