



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De verbintenisrechtelijke bescherming van de kleine opdrachtnemer

van der Neut, N.M.Q.

Publication date

2023

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van der Neut, N. M. Q. (2023). *De verbintenisrechtelijke bescherming van de kleine opdrachtnemer*. [Thesis, fully internal, Universiteit van Amsterdam].

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De kleine opdrachtnemer is een zelfstandig ondernemer. Op de verhouding tussen hem en een niet-particuliere opdrachtgever zijn in principe geen beschermende rechtsregels van toepassing; de contractsvrijheid staat voorop. Dit uitgangspunt wordt ten aanzien van een aantal opdrachtnemers als een steeds urgenter maatschappelijk probleem gezien. Naast deze groep opdrachtnemers is er een heel arsenaal aan opdrachtnemers die niet of minder in een kwetsbare positie (lijken te) verkeren. Hierdoor is het vinden van regels voor opdrachtnemers ten aanzien van zowel het huidige als toekomstige recht uiterst complex.

Dit boek gaat over het verbintenisrechtelijke beschermingsniveau van de kleine opdrachtnemer ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging. Per thema analyseert de auteur: de regeling inzake de opdracht, de bijzondere rechtsregels die van toepassing zijn verklaard op de overeenkomst van opdracht, de (open) normen die uit het algemene verbintenissenrecht voortvloeien en (ter inspiratie) de bepalingen die gelden voor de werknemer, aannemer, handelsagent en huurder. De resultaten van dit onderzoek bieden niet alleen een inkijk in het verbintenisrechtelijke beschermingsniveau van de kleine opdrachtnemer, maar maken ook een gefundeerde afweging mogelijk ten aanzien van de vraag of dit beschermingsniveau wenselijk en gerechtvaardigd is.



 Wolters Kluwer



 Wolters Kluwer

85

De verbintenisrechtelijke
bescherming van de kleine
opdrachtnemer

Van der Neut

Monografieën **SOCIAAL
RECHT**

85

De verbintenisrechtelijke bescherming van de kleine opdrachtnemer

Mr. N.M.Q. van der Neut

De verbintenisrechtelijke bescherming van de kleine opdrachtnemer

Verkorte citeerwijze: Van der Neut, *De verbintenisrechtelijke bescherming van de kleine opdrachtnemer (MSR nr. 85) 2023*/[paragraafnummer]
Volledige citeerwijze: N.M.Q. van der Neut, *De verbintenisrechtelijke bescherming van de kleine opdrachtnemer (Monografieën Sociaal Recht nr. 85)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Het complete productaanbod vindt u in de online webshop: www.wolterskluwer.nl/shop.

Ontwerp omslag: Bert Arts BNO

ISBN 978 90 13 17439 7
NUR 825-502, 822-206

© 2023, Wolters Kluwer Nederland B.V., N.M.Q. van der Neut

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

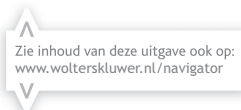
Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: wolterskluwer.com/nl-nl/solutions/nederland/algemene-voorwaarden. Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via wolterskluwer.com/nl-nl/privacy-cookies.



NAVIGATOR



De verbintenisrechtelijke bescherming van de kleine opdrachtnemer

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Universiteit van Amsterdam
op gezag van de Rector Magnificus prof. dr. ir. P.P.C.C. Verbeek
ten overstaan van een door het College voor Promoties ingestelde
commissie,
in het openbaar te verdedigen in de Aula der Universiteit
op vrijdag 8 december 2023, te 11:00 uur

door Niels Martijn Quentin van der Neut

geboren op 27 februari 1993

te Amsterdam

PROMOTIECOMMISSIE

Promotoren:

Prof. dr. J.M. van Slooten

Universiteit van Amsterdam

Prof. mr. H.N. Schelhaas

Erasmus Universiteit Rotterdam

Overige leden:

Prof. dr. A. Akkerman

Universiteit van Amsterdam

Prof. dr. R.H. de Bock

Universiteit van Amsterdam

Prof. mr. E. Verhulp

Universiteit van Amsterdam

Prof. mr. dr. A.R. Houweling

Erasmus Universiteit Rotterdam

Prof. dr. mr. V. Mak

Universiteit Leiden

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

WOORD VOORAF

Met het afronden van het manuscript komt een einde aan een geweldige en leerzame ontdekkingstocht, waarop ik soms schitterende zijpaden bewandelde, om uiteindelijk toch weer op de hoofdweg (proberen) te komen. Hierbij werd ik niet alleen gestuurd door mijn grenzeloze belangstelling voor het arbeidsrecht en aanpalende (rechts)gebieden, maar ook door mijn kundige en bevlogen collega's van AIAS-HSI. Mijn dank gaat allereerst uit naar hen, in het bijzonder mijn oud-kamergenoot Niels.

Mijn promotor Jaap, wiens wijsheid en inzichten een weg vonden naar de tekst, maar van wie ik ook op andere vlakken veel heb geleerd, ben ik heel veel dank verschuldigd. Dat geldt ook voor mijn andere promotor, Harriët, die op een later moment in het traject instapte en met haar kritische blik en een feilloos gevoel voor richting mij verder heeft gebracht. Mijn promotoren hebben mij niet alleen geholpen met hun bijna jaloersmakende eruditie, maar ook vanwege de uiterst plezierige samenwerking.

Mijn vrienden wil ik bedanken voor zowel de goede als de slechte gesprekken, etentjes, wijntjes en wandelingen. Bij het noemen van namen doe ik sowieso mensen tekort, maar ik kan bijna niet anders dan Daan, Frans en Hidde afzonderlijk te danken voor onze hechte vriendschap.

Aniek heeft met haar geduld en liefde mij enorm ondersteund. Hoewel zij haar rol zelf onderschat, was dit boek zonder haar nooit op zo'n prettige wijze tot stand gekomen.

Tot slot wil ik mijn familie bedanken. Tim, ik heb je bij 'familie' gezet, maar dat zou ook bij 'vrienden' kunnen zijn geweest. Je hebt mij op de juiste manier hard gemaakt en houdt mij (nog) altijd scherp. En dan de mensen waar ik het meeste aan heb te danken: mijn ouders. Hoe verschillend jullie ook zijn, één aspect hebben jullie duidelijk gemeen: onvoorwaardelijke steun en liefde. Ik heb wel vaker gedacht dat ik jullie op geen enkele manier kan bedanken voor wat jullie allemaal wel niet voor mij hebben gedaan én gelaten. Met dit bedankje kom ik niet eens in de buurt, maar het minste wat ik kan doen, is dit boek aan jullie op te dragen; bedankt voor alles, waarmee ik hopelijk niets vergeet!

Het manuscript is afgesloten op **1 maart 2023**, enkele uitzonderingen daargelaten.

Amsterdam, 17 juli 2023

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / V

Lijst met gebruikte afkortingen / XI

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1.1 Probleemanalyse / 1
- 1.2 Probleemstelling / 8
 - 1.2.1 Vraagstelling / 12
 - 1.2.2 Hypothese / 13
 - 1.2.3 Verantwoording en relevantie / 14
 - 1.2.4 Afbakening / 17
- 1.3 Aanpak van het onderzoek / 19
 - 1.3.1 Toetsingskader / 19
 - 1.3.2 Onderzoeksmethode / 21
 - 1.3.3 Opzet / 24

HOOFDSTUK 2

Loon / 27

- 2.1 Inleiding / 27
- 2.2 De loonregels van afdeling 7.7.1 BW / 29
- 2.3 De hoogte van het loon: minimumloon en minimumtarieven / 32
 - 2.3.1 De toepasselijkheid van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag / 32
 - 2.3.2 Enkele (wetsgevings)voorstellen en instrumenten ten aanzien van een minimumtarief / 39
- 2.4 De invloed van de algemeen verbintenisrechtelijke loonregels / 55
 - 2.4.1 De wettelijke (handels)rente als inkomenszekerheid / 57
 - 2.4.2 Geen arbeid, toch loon op grond van schuldeisersverzuim / 65
- 2.5 Het loon van de opdrachtnemer: een analyse van andere bijzondere regelingen / 77
 - 2.5.1 De wettelijke verhoging van artikel 7:625 BW / 78
 - 2.5.2 De risicoregeling bij niet-werken / 81
- 2.6 Schematisch overzicht beschermingsniveau en toelichting / 90
- 2.7 Conclusie / 93

HOOFDSTUK 3

Schade en aansprakelijkheid / 97

- 3.1 Inleiding / 97
- 3.2 De schade- en aansprakelijkheidsregels van afdeling 7.7.1 BW / 99
 - 3.2.1 De opdrachtnemer lijdt schade / 99
 - 3.2.2 De opdrachtnemer brengt schade aan de opdrachtgever of een derde toe / 102
- 3.3 De schadelijdende opdrachtnemer: de zorgplicht van de opdrachtgever ex artikel 7:658 BW / 104
 - 3.3.1 De reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW / 106
 - 3.3.2 De zorgplicht van artikel 7:658 BW / 115
 - 3.3.3 Het karakter van artikel 7:658 BW / 125
 - 3.3.4 De overeenkomst van opdracht en artikel 7:658 BW: enkele bespiegelingen / 125
 - 3.3.5 Afrondende bevindingen / 127
- 3.4 De invloed van de algemeen verbintenisrechtelijke schade- en aansprakelijkheidsregels / 127
 - 3.4.1 De opdrachtnemer lijdt schade / 128
 - 3.4.2 De opdrachtnemer brengt schade aan de opdrachtgever toe / 133
 - 3.4.3 De opdrachtnemer brengt schade aan een derde toe / 136
 - 3.4.4 Afrondende bevindingen / 154
- 3.5 De overeenkomst van opdracht en schade: een analyse van andere bijzondere regelingen / 155
 - 3.5.1 De opdrachtnemer lijdt schade / 156
 - 3.5.2 De opdrachtnemer brengt schade aan de opdrachtgever toe / 160
- 3.6 Schematisch overzicht beschermingsniveau en toelichting / 163
- 3.7 Conclusie / 167

HOOFDSTUK 4

Opzegging / 171

- 4.1 Inleiding / 171
- 4.2 De opzegregels van afdeling 7.7.1 BW / 173
 - 4.2.1 De opzegbevoegdheid van de opdrachtgever / 174
 - 4.2.2 De opzegtermijn van de opdrachtgever / 175
 - 4.2.3 De opzegvergoeding: loon en schadevergoeding na opzegging / 176
- 4.3 De invloed van de algemeen verbintenisrechtelijke opzegregels / 182
 - 4.3.1 De opzegbevoegdheid van de opdrachtgever / 184
 - 4.3.2 De opzegtermijn van de opdrachtgever / 194
 - 4.3.3 De opzegvergoeding: de aanvullende (schade)vergoeding / 206
- 4.4 Opzegging door de opdrachtgever: een analyse van andere bijzondere regelingen / 209
 - 4.4.1 De opzegbevoegdheid / 209
 - 4.4.2 De opzegtermijn / 212
 - 4.4.3 De opzegvergoeding / 216
 - 4.4.4 Afrondende bevindingen / 218
- 4.5 Schematisch overzicht beschermingsniveau en toelichting / 219
- 4.6 Conclusie / 222

HOOFDSTUK 5

Conclusie / 225

- 5.1 Inleiding / 225
- 5.2 Beantwoording van de deelvragen / 225
 - 5.2.1 Beantwoording van deelvraag 1 / 225
 - 5.2.2 Beantwoording van deelvraag 2 / 231
 - 5.2.3 Beantwoording van deelvraag 3 / 234
- 5.3 Beantwoording van de centrale onderzoeksvraag / 235
- 5.4 Finale / 238

BIJLAGE 1

Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658 lid 4 BW / 239

BIJLAGE 2

Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658 lid 4 jo. lid 1 BW / 243

BIJLAGE 3

Feitenrechtspraakonderzoek voldoende zwaarwegende grond voor opzegging / 245

BIJLAGE 4

Feitenrechtspraakonderzoek opzegtermijn / 247

Samenvatting / 251

Summary / 255

Bronnenlijst / 259

Jurisprudentieregister / 291

Trefwoordenregister / 301

Curriculum vitae / 303

LIJST MET GEBRUIKTE AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
ACM	Autoriteit Consument & Markt
afd.	afdeling
A-G	advocaat-generaal
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
Arbowet	Arbeidsomstandighedenwet
art.	artikel
Atw	Arbeidstijdenwet
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
B2B	business-to-business
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
bijv.	bijvoorbeeld
bv	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
concl.	conclusie
CRvB	Centrale Raad van Beroep
csqn	condicio sine qua non
diss.	dissertatie
EC	Europese Commissie
ESB	Economisch Statistische Berichten
EU	Europese Unie
e.v.	en verder
FIP	Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk
FNV	Federatie Nederlandse Vakbeweging
hof	gerechtshof
HR	Hoge Raad
HGEU	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
Inv.	Invoeringswet
i.p.v.	in plaats van
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid

JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JIN	Jurisprudentie in Nederland
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KB	koninklijk besluit
Ktr.	kantonrechter
L&S	Letsel & Schade
MAB	Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie
m.b.t.	met betrekking tot
m.i.	mijns inziens
MLT	middellange termijn
m.n.	met name
MvT	memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
Mw	Mededingingswet
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NtER	Nederlands tijdschrift voor Europees recht
NTHR	Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht
nv	naamloze vennootschap
o.a.	onder andere
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
o.m.	onder meer
ORP	Overeenkomst in de Rechtspraak
p.	pagina
par.	paragraaf
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PHR	Parket bij de Hoge Raad
PIV	Personenschade Instituut van Verzekeraars
pres.	president
RAR	Rechtspraak Arbeidsrecht
Rb.	rechtbank
red.	redactie
RM	Rechtsgeleerd Magazijn
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
SCP	Sociaal en Cultureel Planbureau
SER	Sociaal-Economische Raad
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
SR	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht

Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
TAC	Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context
TAO	Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming
TAP	Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
t.a.v.	ten aanzien van
TOP	Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk
t.o.v.	ten opzichte van
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvO	Tijdschrift voor Ontslagrecht
TvOB	Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
vgl.	vergelijk
VR	Verkeersrecht
VrA	Vermogensrechtelijke Analyses
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Waadi	Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs
WAB	Wet arbeidsmarkt in balans
Wet Cao	Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
WMCO	Wet melding collectief ontslag
WML	Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag
Wmz	Wet minimumbeloning zelfstandigen
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
WW	Werkloosheidswet
Wwz	Wet werk en zekerheid
zgn.	zogenoemd
zzp'er	zelfstandige zonder personeel

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Probleemanalyse

De recente sterke opkomst van de zelfstandige zonder personeel (zzp'er) is met gemengde gevoelens ontvangen. Dit heterogene onthaal blijkt onder andere uit het Interdepartementale Beleidsonderzoek zelfstandigen zonder personeel uit 2015: "Voor sommigen is de zzp'er de 'kanarie in de kolenmijn' – een signaal dat er iets grondig mis is met het functioneren van de Nederlandse arbeidsmarkt en het stelsel van sociale zekerheid. Anderen vergelijken de groei van het aantal zzp'ers met een 'koekoeksjong' en zien vooral oneerlijke concurrentie tussen zelfstandigen en werknemers, waarbij de laatsten het onderspit delven. En voor weer anderen vormt de zzp'er de 'kip met de gouden eieren', een belangrijke bron van flexibiliteit en nieuw ondernemerschap, waarmee Nederland zich in internationaal perspectief positief onderscheidt."¹ De zzp'er bevindt zich niet alleen maatschappelijk, maar ook juridisch in een kwetsbare positie. In deze context duidde Schelhaas de zzp'er als 'de Calimero van het commerciële contractenrecht' aan.²

Er kunnen verschillende soorten contracten ten grondslag liggen aan de werkzaamheden die de zzp'er verricht. De meest voorkomende overeenkomst is in dit verband de overeenkomst van opdracht. De wet spreekt in dit kader over de opdrachtnemer en niet van de zzp'er. Deze zzp'er als kleine opdrachtnemer is een zelfstandig ondernemer en wanneer hij een overeenkomst met een niet-particuliere opdrachtgever aangaat, is sprake van een *business-to-business*-relatie. Op deze verhouding zijn in principe geen specifieke beschermende rechtsregels van toepassing; het algemene verbintenissenrecht is van kracht. Het algemene verbintenissenrecht veronderstelt in *business-to-business*-relaties dat partijen een min of meer gelijkwaardige contractpositie innemen en ieder zijn wil in vrijheid kan vormen.³ De werkelijkheid laat echter een grote diversiteit zien en toont dat ook tussen commerciële partijen het verschil in machtspositie aanzienlijk kan zijn. Een grote ongelijkheid tussen partijen kan een gebrekkige, niet vrije wilsvorming van de zwakke(re) contractspartij meebrengen. Die partij voorziet dan de nadelige gevolgen van een overeenkomst bijvoorbeeld niet of kan niet anders dan deze aanvaarden.⁴ Of een ongelijkheid tussen partijen vooraf (via wetgeving) of achteraf (via bijvoorbeeld open normen zoals de redelijkheid en billijkheid) 'correctie' behoeft, is onder meer afhankelijk

1 IBO 2015, p. iii.

2 Impliciet Schelhaas 2018, p. 9, 19, 37 en 39; expliciet Schelhaas, AA 2018/0681.

3 Tjittes 1994, p. 243-244.

4 Schelhaas 2018, p. 20; Grosheide & Van der Neut, TAC 2022/2; Van der Neut, *ArbeidsRecht* 2023/29.

van de onderlinge hoedanigheid van partijen.⁵ Tjittes verstaat onder deze hoedanigheid de maatschappelijke positie én de individuele eigenschappen van partijen.⁶ Met maatschappelijke posities worden particulieren,⁷ ondernemers,⁸ overheden en verwanten bedoeld.⁹ Individuele eigenschappen zien op de specifieke relatie tussen contractspartijen. Concreet wordt dit door Tjittes gekoppeld aan het al dan niet juridisch deskundig zijn, het al dan niet deskundig worden bijgestaan en het al dan niet innemen van een (economische, financiële, sociale en psychische) machtspositie.¹⁰

De onderlinge hoedanigheid van partijen kleurt dus het toepasselijke verbintenissenrechtelijke normenkader.¹¹ Waar het verbintenissenrecht in beginsel en van oorsprong voor alle partijen gelijke gelding heeft, zijn in de loop der tijd steeds meer rechtsregels ontwikkeld om een partij die ten opzichte van haar wederpartij in een relatief ongelijke machtspositie verkeert, een zekere (dwingendrechtelijke) bescherming toe te kennen.¹² Hierbij valt te denken aan de werknemer, de huurder van een woonruimte en de consument, ook wel de 'particulier', wiens positie in wetgeving, rechtspraak en literatuur als maatschappelijk en juridisch relevant wordt gezien. Ten grondslag aan de bescherming die aan deze particulieren wordt toegekend, ligt met name (het streven naar) ongelijkheidscompensatie en rechtvaardigheid.¹³ De hoedanigheid van partijen werkt niet alleen door in de toepasselijke wettelijke regels, maar kan ook een gewichtige omstandigheid zijn bij de invulling van

-
- 5 Zie bijv. HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745 (*Saladin/HBU*), waarin de HR in zijn beoordeling of een bepaalde partij een beroep kon doen op een contractueel beding, o.a. 'de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen' betroek. Naast 'hoedanigheid van partijen' wordt in dit kader wel gesproken over 'differentiatie' (in de normstelling door de wetgever) en 'subjectivering' (door de rechter bij de toepassing van (open) normen) (Vranken 1989, p. 73).
 - 6 In de arbeidsrechtpraktijk wordt 'maatschappelijke positie' als synoniem gebruikt voor 'hoedanigheid van partijen'. De maatschappelijke positie heeft in de arbeidsrechtpraktijk dus een andere betekenis dan hoe Tjittes de maatschappelijke positie definieert, maar dezelfde betekenis als het kapstokbegrip 'hoedanigheid van partijen' (Grosheide & Van der Neut, *TAC* 2022/2).
 - 7 Onder 'particulieren' versta ik in deze studie in wezen 'consumenten': personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Met deze definitie sluit ik aan bij de particuliere opdracht (art. 7:404, art. 7:405 lid 1 en art. 7:409 lid 3 BW).
 - 8 Onder 'ondernemers' versta ik de partijen die niet kwalificeren als 'particulier' (zie vorige voetnoot). Minder voorzichtig gezegd: het gaat om commerciële partijen en contractanten; zij handelen immers in de uitoefening van een beroep of bedrijf.
 - 9 De eerste drie categorieën onderscheidt Tjittes in zijn dissertatie (Tjittes 1994, p. 1) en de laatste categorie voegt hij in zijn oratie toe (Tjittes 1996, p. 66).
 - 10 Tjittes 1994, p. 1-2. Eerder schreef Vranken dat als partijen in financieel, sociaal, economisch of intellectueel opzicht ongelijk of ongelijkwaardig zijn, dit een reden kan zijn tot (wettelijk of rechterlijk) ingrijpen (Vranken 1989, p. 202-203).
 - 11 Tjittes 1994, p. 2; Tjittes 1997, p. 376; Tjittes 2009, p. 39; De Vries, *De overeenkomst in het algemeen* (*Mon. BW nr. B54*) 2016/1.18.
 - 12 Vranken 1989, p. 72; Hartlief 1999a, p. 29; Jansen 2003, p. 143 e.v.; Houben, *AA* 2017/0600.
 - 13 Bloembergen, *WPNR* 1992/6074; Tjittes 1994, p. 13, 44, 239, 244 en 245; De Vries, *De overeenkomst in het algemeen* (*Mon. BW nr. B54*) 2016/1.11 en 1.18. Zie specifiek t.a.v. het arbeidsrecht o.a. Levenbach 1977, p. 26; Van der Heijden & Noordam 2001, p. 85, volgens wie het begrip 'ongelijkheidscompensatie' is verbonden met bescherming; Verhulp 2003, p. 6; Houweling 2012, p. 14; Zekić, *ArA* 2019/2.1.

open (verbintenisrechtelijke) normen,¹⁴ waarbij kan worden gedacht aan het uitlegleerstuk¹⁵ en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW).¹⁶ Op deze manier vullen wettelijke en rechterlijke bescherming elkaar aan.¹⁷

De verhouding tussen de kleine opdrachtnemer en de niet-particuliere opdrachtgever wordt – vanwege het feit dat sprake is van ondernemers en de bestaande consumentenbescherming zodoende niet van toepassing is – beheerst door het algemene verbintennisrecht; er geldt geen specifiek beschermingsmechanisme. Hoewel het palet aan opdrachtnemers zeer divers is,¹⁸ ligt aan deze verhouding immer het uitgangspunt ten grondslag dat ondernemers – groot of klein, machtig of relatief zwak – niet voor beschermende regels in aanmerking komen, omdat zij binnen de normale grenzen van het verbintennisrecht worden geacht zich op eigen kracht te kunnen redden.¹⁹ De wetgever gaat ervan uit dat als ondernemers onderling een overeenkomst aangaan, zij in principe geen behoefte hebben aan dergelijke beschermende regels.²⁰ Deze partijen kunnen zich doorgaans *in abstracto* identificeren met de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen. Ten eerste nemen ondernemers meestal een (vrijwel) gelijke of vergelijkbare (contracts)positie in, althans gelijkwaardiger dan een transactie tussen een particulier en ondernemer.²¹ Ten tweede zijn ondernemers in de regel gebaat bij harde en duidelijke regels (*hard and fast-rules*), zodat zij risico's kunnen inschatten en contractueel kunnen verdelen.²² Op die inschatting en verdeling moeten zij bij hun ondernemersactiviteiten kunnen vertrouwen, aangezien beide ondernemers mede op basis daarvan beslissen of zij de opdracht aangaan en, zo ja,

14 Tjittes 1994, p. 16, 44 en 239; Tjittes 1997, p. 376; Raaijmakers 2002, p. 60.

15 Zie bijv. HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes c.s./Haviltex*), waarin de HR overwoog dat de maatstaf die bij de uitleg van de rechtsverhouding wordt gebruikt, mede van belang kan zijn 'tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht'. Dat de hoedanigheid van de betrokken partijen een van de gezichtspunten is bij de uitleg volgens de Haviltex-maatstaf, overwoog de HR nog eens expliciet in HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727 (*Rotterdam/Eneco*).

16 Zie bijv. HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745 (*Saladin/HBU*), waarin de HR in zijn beoordeling of een bepaalde partij een beroep kon doen op een contractueel beding, o.a. 'de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen' betrof.

17 Hartkamp 1991, p. 101; Hartlief 1999a, p. 30.

18 Zo gaat achter het begrip 'opdrachtnemer' een breed spectrum schuil: van zzp'er tot multinational en van micro-bedrijf tot middenbedrijf (Schelhaas, AA 2018/0681). In de discussie over de opdrachtnemer is het daarom steeds belangrijk in ogenschouw te nemen vanuit welk perspectief wordt gekeken naar welke opdrachtnemer. Ik werk mijn focusgroep, de opdrachtnemer aan de onderkant, in par. 1.2 uitgebreider uit.

19 Schelhaas 2018, p. 8; Said, *De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip* (MSR nr. 79) 2022/4.4.1.

20 Brunner 1992, p. 87 e.v.; Tjittes 1994, p. 24 e.v.; Tjittes 1997, p. 377-382 en 387; Schelhaas, NTBR 2008/4; Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/5.35.3; Tjittes 2022, p. 30, 649 en 650.

21 Tjittes 1994, p. 24-25; Tjittes 1997, p. 378; Tjittes 2022, p. 26. Het mededingingsrecht beschermt tegen kartelvorming en probeert een eventueel misbruik van een economische machtspositie te voorkomen. Hiermee maakt het mededingingsrecht inbreuk op de individuele contractsvrijheid, maar waarborgt het tegelijkertijd de contractsvrijheid van andere partijen (Mok 1975, p. 153 e.v.).

22 Tjittes 1994, p. 25-28 en 44; Tjittes 1997, p. 380; Tjittes, *Contracteren* 2001/2; Schelhaas 2016, p. 136-137; Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (Mon. Pr. nr. 20) 2022/3.3.2; Tjittes 2022, p. 30. In dit kader wijzen de zojuist genoemde auteurs op de ondernemer als 'repeat player'.

tegen welke voorwaarden, zoals de prijs. Kortom: de contractsvrijheid (en de daarmee gepaard gaande rechtszekerheid) staat in het handelsverkeer voorop.²³

De zojuist geschetste ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat een tweedeling is ontstaan tussen het verbintenissenrecht dat van toepassing is op enerzijds particulieren tegenover professionele partijen met allerlei beschermende regels, zoals de werknemer jegens de werkgever, en anderzijds niet-particulieren onderling, zoals ondernemers (opdrachtgevers en opdrachtnemers), zonder specifieke bescherming.²⁴ Als ik dit toepas op het onderwerp van deze studie, de zzp'er als kleine opdrachtnemer, dan is het startpunt van de kleine opdrachtnemer en de partij die daar dichtbij staat, de werknemer, verschillend: het arbeidsrecht biedt alle werknemers – zwak en sterk – een beschermende en veelal dwingendrechtelijke inhoud, die vaart op formele ongelijkheid,²⁵ terwijl de verhouding tussen de niet-particuliere opdrachtgever en opdrachtnemer vertrekt vanuit het uitgangspunt van gelijkheid,²⁶ waarbij de contractsvrijheid een groot goed is.

Het uitgangspunt van gelijkheid geldt voor alle opdrachtnemers: de opdrachtnemer die een hoog tarief in rekening brengt en de opdrachten – bij wijze van spreken – voor het oprapen heeft (en een sterke onderhandelingspositie heeft), de economisch afhankelijke opdrachtnemer met een laag tarief (en een zwakke onderhandelingspositie), en alles daartussenin. Dit uitgangspunt – en in het verlengde daarvan de veronderstelde rechtspositie van de opdrachtnemer,²⁷ waarin bescherming in de regel ontbreekt – wordt ten aanzien

23 Tjittes 1994, p. 24 en 44; Tjittes 1997, p. 378; Schelhaas 2018, p. 18 en 33; Tjittes 2022, p. 30 e.v.

24 Schelhaas 2018, p. 8; Schelhaas, AA 2018/0681; Tjittes 2022, p. 22.

25 Met formele ongelijkheid bedoel ik dat titel 7.10 BW uitgaat van veronderstelde ongelijkheid. De vraag of er feitelijk een ongelijke verhouding tussen partijen bestaat, heeft de wetgever niet relevant geacht voor de toepassing van art. 7:610 BW (vgl. Grosheide & Van der Neut, *TAC* 2021/3; Van der Neut, *ArbeidsRecht* 2023/29). De werkende die voldoet aan de definitie-elementen van art. 7:610 BW, is een werknemer en wordt gezien als economisch onzelfstandige en juridisch ondergeschikte partij die bescherming behoeft (Bles 1907, p. 2, 4, 6 en 10 en – meer recent – *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 2).

26 De reden hiervan lijkt samen te hangen met de verscheidenheid aan opdrachten én met het feit dat de opdrachtnemer in de regel niet wordt beschouwd als economisch ondergeschikte partij. Vaak gaat de wetgever pas over tot dwingendrechtelijke voorschriften indien dit wenselijk is ter bescherming van de redelijke belangen van een van de partijen (of een derde) (Van der Grinten 1991, p. 88; Hartlief 1999a, p. 32; Loth 2009, p. 15).

27 Uit het IBO-rapport blijkt dat de kleine opdrachtnemer weinig wordt beschermd (IBO 2015, p. xiii en 72). In de rechtsliteratuur lopen de meningen uiteen over de mate waarin de opdrachtnemer bescherming geniet: van nagenoeg rechteloos tot enige bescherming op bepaalde terreinen. Zie bijv. Boot en Damsteegt, die stellen dat de civielrechtelijke bescherming van de kleine opdrachtnemer zeer beperkt is (Boot e.a., *De zzp'er (MSR nr. 64) 2014/3.8*). Doordat de wettelijke bescherming van de overeenkomst van opdracht meer lijkt te zijn gericht op de opdrachtgever, spreekt Trap over 'omgekeerde ongelijkheidscompensatie' (Trap 2007, p. 30). Zie genuanceerder Van Slooten, die de bescherming van de opdrachtnemer niet niets, maar ook niet veel noemt (Van Slooten 2018, p. 50).

van een aantal opdrachtnemers als een steeds urgenter maatschappelijk probleem gezien.²⁸ Dit betreft de groeiende groep opdrachtnemers die qua positie in bepaalde mate lijkt op de groep werknemers en steeds vaker werkzaamheden verricht die vroeger (alleen) door werknemers werden verricht.²⁹ Deze groep opdrachtnemers loopt van alle werkenden het meeste risico op feitelijke en juridische ongelijkheid en daarmee uiteindelijk op armoede.³⁰ Een belangrijke reden hiervan is dat zij vanwege hun zwakkere positie doorgaans een laag tarief voor hun werkzaamheden in rekening brengen, gewoonlijk geen sociale zekerheid genieten en (lang) niet altijd zekerheid hebben op voldoende opdrachten.³¹ Zij zijn (mede hierdoor) kwetsbaar voor concurrentie, leegloop en een teruglopende vraag.³² Doordat de werkzaamheden van deze groep opdrachtnemers zich meestal kenmerken door een bepaalde laagdrempeligheid, kan dit werk door potentieel veel werkenden worden gedaan. Het concurreren op basis van het tarief is door de relatief eenvoudige aard van het werk vaak dé manier om de opdracht te verkrijgen met een *race to the bottom* als potentieel gevaar.³³ Dit kan leiden tot een neerwaartse druk op de tarieven van deze opdrachtnemers, waardoor zij in de regel niet in de positie verkeren de kosten voor onder meer arbeidsongeschiktheid (volledig) door te berekenen in het tarief en wellicht onvoldoende verdienen om een verzekering af te sluiten,³⁴ als zij überhaupt al voldoende verdienen om in hun noodzakelijke levensbehoefte te kunnen voorzien.³⁵ Kortom: zij bevinden zich in een kwetsbare positie. Bovendien is de opdrachtgever – wettelijk gezien – bevoegd de overeenkomst direct op te zeggen (artikel 7:408 lid 1 BW). Hierdoor kan de mogelijk enige of hoofdzakelijke inkomstenbron van deze opdrachtnemer van het ene op het andere moment wegvallen, waarbij hij geen sociaal-financieel vangnet heeft en vermoedelijk geen reserves heeft kunnen opbouwen voor dit soort gevallen doordat zijn tarief (daarvoor) te

28 *Kamerstukken II* 2018/19, 21 501-20, 1467, p. 5; *Kamerstukken II* 2018/19, 31 311, 207, p. 1-2; *Kamerstukken II* 2018/19, 31 311, 212, p. 1-2; concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Gemeente Amsterdam*); ACM 2023, p. 6 en 23. De koppeling tussen de arbeidsovereenkomst en bescherming, waardoor de kleine opdrachtnemer in beginsel geen arbeidsovereenkomstrechtelijke bescherming geniet, wordt al langer erkend als probleem (Zekić, *ArA* 2019/2.1). Ook buiten Nederland speelt deze kwestie (Mundlak 2011, p. 315 e.v.). Naast de hierna te bespreken ‘individuele’ redenen waarom dit problematisch is, bestaan er collectieve redenen. Zo is het stelsel van sociale zekerheid gebouwd met als uitgangspunt dat arbeid wordt verricht op basis van de arbeidsovereenkomst (Verhulp 2019, p. 261). Als steeds minder werkenden de werkzaamheden verrichten op basis van een arbeidsovereenkomst, heeft dat niet alleen gevolgen voor deze individuen, maar kan dat op de lange termijn ook nadelig uitpakken voor de solidariteit en financiële houdbaarheid van het socialezekerheidsstelsel (WRR 2020, p. 88).

29 Frenken e.a. 2017, p. 106.

30 IBO 2015, p. 17; CBS 2018, p. 59; SCP 2018, p. 29, 46, 91 en 174; CBS 2019b; WRR 2020, p. 97; Montebovi 2021, p. 46; CBS 2021b, p. 9 en 67.

31 SCP 2018, p. 46.

32 SCP 2018, p. 91.

33 Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Gemeente Amsterdam*).

34 *Kamerstukken II* 2018/19, 31 311, 219, p. 3; Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 10.

35 IBO 2015, p. 45; Kösters, Van den Brakel & Loog, *Socialeconomische trends* 2016/07, p. 10.

laag is.³⁶ Het voorgaande heeft geresulteerd in een groep van 'precaire' opdrachtnemers,³⁷ die hoofdzakelijk door middel van hun eigen arbeid tegen een laag tarief zelf (in persoon) diensten verrichten en veelal economisch afhankelijk zijn van één opdrachtgever. Voor deze groep opdrachtnemers is de eerder geschetste tweedeling tussen het meer 'beschermende' verbintenissenrecht dat van toepassing is op particulieren (werknemers) en het algemene verbintenissenrecht voor niet-particulieren (ondernemers), uitmondend in het uitgangspunt waarin contractsvrijheid vooropstaat en bescherming in de regel ontbreekt, mogelijk te rigide.

De materiële rechtspositie van de kleine opdrachtnemer is in Europa niet onopgemerkt gebleven. Niet voor het eerst kwam vanuit Brussel de aanbeveling aan Nederland om in 2022 en 2023 adequate sociale bescherming voor zzp'ers, waaronder kleine opdrachtnemers, te bevorderen.³⁸ Deze aanbeveling steunt op het landverslag, waaruit volgt dat het aantal kleine opdrachtnemers, dat de afgelopen tien jaar sterk is toegenomen, een punt van zorg blijft en verdere aandacht vereist omtrent de uitdagingen op het gebied van onder andere billijke arbeidsvoorwaarden en adequate sociale bescherming.³⁹ Op nationaal terrein werd in het Regeerakkoord 2017-2021 een verkenning afgesproken hoe zelfstandig ondernemerschap een aparte plek in het BW kon krijgen, hetgeen de positie van opdrachtnemers zou kunnen verhelderen en verstevigen.⁴⁰ Vier jaar later zette de regering in het Coalitieakkoord 2021-2025 als stip op de horizon het verkrijgen van helderheid voor opdrachtnemers, waaronder het ondersteunen en stimuleren van ondernemerschap en een arbeidsongeschiktheidsverzekering voor alle zelfstandigen, die zo wordt vormgegeven dat zowel oneerlijke concurrentie als te grote inkomensrisico's voor individuen wordt voorkomen.⁴¹ Daarmee werd de ingezette koers min of meer voortgezet, nu het kabinet in 2019 had aangegeven zich zorgen te maken over een groeiende groep schijnzelfstandigen en kwetsbare groep opdrachtnemers;⁴² het beschermen van deze kwetsbare groep opdrachtnemers, het voorkomen van schijnzelfstandigheid en het tegengaan van concurrentie op arbeidsvoorwaarden stond voorop.⁴³

36 De coronacrisis legde m.n. het laatste pijnpunt onder een vergrootglas (*Kamerstukken II 2019/20*, 31 311, 235, p. 2; Diris, Jongen & Van Vliet 2022).

37 Het 'precariaal' is van oorsprong een Britse term ('*precarial*') en houdt een samenvoeging van 'precair' en 'proletariaat' in. Dit is een groep werkenden die aangewezen is op tijdelijk en slecht betaald werk en daardoor langdurig of zelfs permanent in onzekerheid verkeert (Standing 2011; Savage e.a., *Sociology* 2013/47 (2); SCP 2014, p. 290-291), wat doorgaans leidt tot een onevenwichtige verdeling van de typische risico's die verbonden zijn aan het werk of de arbeidsmarkt ten nadele van deze groep werkenden (Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 7-8, onder verwijzing naar Frade & Darmon 2003).

38 COM/2022/621. Zie eerder COM/2018/418 en COM/2019/519.

39 Landverslag 2022 bij COM/2022/621, p. 45.

40 Regeerakkoord 2017-2021, p. 26.

41 Coalitieakkoord 2021-2025, p. 27.

42 *Kamerstukken II 2018/19*, 21 501-20, 1467, p. 5.

43 *Kamerstukken II 2018/19*, 21 501-20, 1467, p. 5; *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, 207, p. 1-2; *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, 212, p. 1-2. Ook in het SER-MLT-advies van juni 2021 is oog voor de opdrachtnemer met een zwakke onderhandelingspositie (SER 2021, p. 10 en 28), terwijl de ACM in haar *Leidraad tariefafspraken zzp'ers* opmerkt dat er vooral maatschappelijke zorgen uitgaan naar de laagbetaalde opdrachtnemer die zich aan de onderkant van de arbeidsmarkt begeeft (ACM 2023, p. 6 en 23).

De politiek overweegt dus steeds vaker (een deel van de) opdrachtnemers te beschermen, maar heeft moeite om tot een oplossing te komen die recht doet aan de verscheidenheid aan opdrachtnemers.⁴⁴ Hierdoor bestaat een spanningsveld tussen de wens tot bescherming en de beginselen die in het handelsverkeer hoog in het vaandel staan, in het bijzonder de contractsvrijheid. Enerzijds lijkt het niet passend deze beginselen te doorkruisen met (wellicht onnodige) bescherming ten aanzien van in ieder geval de economisch onafhankelijke opdrachtnemer die een relatief hoog tarief in rekening kan brengen. Anderzijds is daar de opdrachtnemer die economisch afhankelijk is van één opdrachtgever en (mede daarom) een laag tarief verdient met als gevolg dat hij het hoogste armoederisico van alle werkenden loopt.⁴⁵ Tussen deze twee uitersten in bevindt zich ook nog een heel arsenaal aan opdrachtnemers. Dit krachtenveld – in combinatie met de vraag welke opdrachtnemer wanneer zou moeten worden beschermd, welk criterium daarvoor zou moeten worden gehanteerd en met behulp van welke instrumenten bescherming zou moeten worden gefaciliteerd – maakt regelgeving voor opdrachtnemers beslist geen sinecure. Illustratief is het conceptwetsvoorstel Wet minimumbeloning zelfstandigen (Wmz), dat uiteindelijk nooit is ingediend, omdat het volgens de minister niet mogelijk is gebleken eenvoudig toepasbare regels te bedenken die resulteren in zinvolle wijzigingen.⁴⁶ Een extra complicerende factor daarbij was dat een bindend minimumtarief mogelijk strijdig zou zijn met het Europese recht, meer specifiek de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU), de vrijheid van diensten (artikel 56 VWEU) of het kartelverbod (artikel 101 VWEU).⁴⁷ Oftewel: het is nog geenszins duidelijk hoe het recht zich kan of moet ontwikkelen als bescherming voor (een deel van de) opdrachtnemers (ten aanzien van één of meerdere specifieke thema's) het streven wordt.

Uit de voorgaande analyse blijkt dat de materiële rechtspositie van de preciaire opdrachtnemers onder druk staat. De vraag is of het huidige verbintenissenrecht deze opdrachtnemers niet meer bescherming kan bieden dan doorgaans wordt verondersteld zonder meteen al (te) politieke keuzes te moeten maken. Het komt immers zelden voor dat de wet voor een bepaalde rechtsvraag geen enkel aanknopingspunt biedt. Zo'n aanknopingspunt is vaak te vinden in (de tekst, de geschiedenis of het systeem van) één of meerdere wettelijke bepalingen of de strekking daarvan,⁴⁸ die in het licht van een feitelijke situatie moeten worden geïnterpreteerd,⁴⁹ omdat bijvoorbeeld de wettelijke bepaling onduidelijk of onvolledig is.⁵⁰ Het doel van deze interpretatie is om *in concreto* tot een zo billijk mogelijke beslissing te komen van het concrete geschil en daarmee tevens *in abstracto* tot een – vanuit maatschappelijk oogpunt bezien – zo bevredigend mogelijke ontwikkeling van het recht.⁵¹ Het verder denken op basis van met name de aan de wettelijke bepalingen

44 Tot een vergelijkbare constatering kwamen Van Slooten & Westerveld 2018, p. 220.

45 IBO 2015, p. 17; CBS 2018, p. 59; SCP 2018, p. 29, 46, 91 en 174; CBS 2019b; WRR 2020, p. 97; Montebovi 2021, p. 46; CBS 2021b, p. 9 en 67.

46 *Kamerstukken II* 2019/20, 31 311, 235, p. 3; *Kamerstukken II* 2019/20, 35 074, T, p. 3.

47 Laagland, *ArA* 2020/3.2; Houweling 2021, p. 807; Houweling, *TAC* 2021/2 (zie uitgebreider par. 2.3.2.1).

48 Dit kan ook een open norm betreffen, zoals de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW).

49 De rechter heeft in dit kader verschillende interpretatiemethoden tot zijn beschikking, waaronder grammaticaal, historisch, systematisch en teleologisch.

50 *Asser/Scholten Algemeen deel** 1974/1; Wiarda 1999, p. 21.

51 Rombach, *WPNR* 1974/5249-5250; Wiarda 1999, p. 22-23.

ten grondslag liggende ratio's kan meebrengen dat een rechtsregel in een breder verband wordt toegepast dan waar het naar zijn bewoordingen wellicht op ziet, bijvoorbeeld door gebruik te maken van de ruimte die open normen bieden.⁵² Dat lijkt vooral tot de mogelijkheden te behoren als de concrete situatie een trend betreft die de wetgever niet voor ogen heeft gestaan,⁵³ zoals de (groeïende) groep preciaire opdrachtnemers. Over de mogelijkheden die het huidige verbintenissenrecht biedt om deze groep opdrachtnemers te (kunnen) beschermen, gaat deze studie.

1.2 Probleemstelling

In dit onderzoek staat de verhouding tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf centraal. Zij zijn dus beiden 'niet-particulieren'.⁵⁴ Op voorhand maak ik geen onderscheid tussen de verschillende soorten en maten opdrachtgevers. Dat neemt niet weg dat onder meer de 'grootte' en 'deskundigheid' van de opdrachtgever wel degelijk van invloed kunnen zijn op de wijze waarop het toepasselijke verbintenissenrechtelijke normenkader kan worden ingekleurd, gezien de rol die de onderlinge hoedanigheid van partijen daarbij (kunnen) spelen.⁵⁵ Daar waar relevant ga ik dan ook in op de eventuele verschillen die kunnen ontstaan door de hoedanigheid van de opdrachtgever, maar een categorisering blijft vooraf achterwege. Ten aanzien van de zeer diffuse groep opdrachtnemers maak ik op voorhand wél onderscheid door mijn vizier te richten op de 'opdrachtnemer aan de onderkant'. Daaronder versta ik de opdrachtnemer die hoofdzakelijk door middel van zijn eigen arbeid tegen een 'laag tarief'⁵⁶ zelf (in persoon) diensten verricht. Daarbij gaat het om de opdrachtnemer die vaak, maar

52 Dit verder denken mag niet afhankelijk zijn van het subjectieve inzicht van de rechter, maar moet zijn gebaseerd op een objectief gegeven, zoals de genoemde strekking van één of meerdere wettelijke bepalingen of algemene rechtsbeginselen.

53 Wiarda 1999, p. 23-24.

54 Met deze definitie van 'niet-particulieren', het handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, sluit ik aan bij art. 7:404, art. 7:405 lid 1 en art. 7:409 lid 3 BW.

55 Tjittes 1994, p. 2; Tjittes 1997, p. 376; Tjittes 2009, p. 39; De Vries, *De overeenkomst in het algemeen* (Mon. BW nr. B54) 2016/1.18.

56 Bouma en Frouws hanteerden als 'laag tarief' (omgerekend) minder dan € 20 per uur (Bouma & Frouws 2011, p. 48). Uit hun onderzoek blijkt dat bij deze grens het tarief in belangrijke mate door de opdrachtgever wordt bepaald. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de werkzaamheden die de opdrachtnemer met een tarief van minder dan € 20 per uur verricht, zich meestal kenmerken door een bepaalde mate van laagdrempeligheid, waardoor de opdrachtgever in beginsel de keuze heeft uit grotere aantallen werkenden die (op papier) de opdracht zouden moeten uitvoeren. Dit leidt tot de verslechtering van de onderhandelingspositie van deze opdrachtnemer aan de onderkant (Laagland 2018, p. 6) en brengt mee dat hij vaak 'prijznemer' is. Onder 'laag tarief' wordt in deze studie gedacht aan (omgerekend) minder dan € 20 per uur. Dat het onderzoek van Bouma en Frouws afkomstig is uit 2011 en in dit tarief geen rekening is gehouden met bijv. de inflatie en huidige arbeidsmarktkrapte, die mogelijk deze grens hebben doen stijgen, is geen onoverkomelijk probleem, omdat de afbakening van minder dan € 20 per uur (slechts) ter indicatie dient.

niet uitsluitend 'economisch afhankelijk'⁵⁷ van één opdrachtgever is. De veronderstelling is dat deze opdrachtnemer zijn marktgedrag doorgaans niet onafhankelijk kan bepalen.⁵⁸ Omdat deze opdrachtnemer zich aan de onderkant van de 'arbeidsmarkt' bevindt, spreek ik over de 'opdrachtnemer aan de onderkant',⁵⁹ die meestal in een preciaire situatie verkeert.⁶⁰ Ook het begrip 'arbeidsmarkt' verdient in deze context enige verduidelijking. Hieronder versta ik het samentreffen van vraag en aanbod van arbeid waardoor ruil en prijsvorming tot stand komen.⁶¹ Onder het aanbod van arbeid vallen alle werkenden en niet-werkenden die werk zoeken. Dat betekent niet dat alle werkenden en werkzoekenden met elkaar concurreren. De arbeidsmarkt is gesegmenteerd en bestaat als het ware uit deelmarkten,⁶² op basis waarvan ik in deze studie aanneem dat de groep opdrachtnemers aan de onderkant – dat kan bijvoorbeeld een schoonmaker of vertaler zijn – niet actief is op dezelfde deelmarkt als onder andere de groep opdrachtnemers die een hoog tarief in rekening brengt en economisch onafhankelijk is, waarvan de advocaat een voorbeeld kan zijn.⁶³

De reden dat het zwaartepunt juist op de opdrachtnemer aan de onderkant ligt, is dat uit de geschetste probleemanalyse volgt dat de opdrachtnemers aan de onderkant een groeiende groep van preciaire opdrachtnemers vormen. Bovendien verrichten zij steeds vaker werkzaamheden die aanvankelijk (alleen) door werknemers werden verricht.⁶⁴ Hierdoor lijken zij feitelijk (nog) meer op de beschermde werknemer, terwijl 'bescherming' tegenover de opdrachtnemer aan de onderkant in de regel ontbreekt en in plaats daarvan 'contractsvrijheid' vooropstaat.⁶⁵

57 In dit onderzoek hanteer ik dezelfde omschrijving als het CBS: 'economisch afhankelijk' is de opdrachtnemer die maar één opdrachtgever heeft of meerdere opdrachtgevers heeft, maar voor het merendeel van de inkomsten afhankelijk is van één opdrachtgever (CBS 2020). In 2020 was 24,4% van de opdrachtnemers die hoofdzakelijk door middel van hun eigen arbeid tegen beloning zelf diensten verrichtten economisch afhankelijk (CBS 2020). Overigens wordt in de Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel (*PbEU 2022/C 123/01*), waarin de mogelijkheden tot collectief onderhandelen voor opdrachtnemers (zpp'ers) is verruimd, nagenoeg eenzelfde definitie gehanteerd: de opdrachtnemer verwerft ten minste de helft van zijn totaal beroepsinkomen via één opdrachtgever in een periode van één of twee jaar (*PbEU 2022/C 123/01*, punt 24-25).

58 Bouma & Frouws 2011, p. 48; *PbEU 2022/C 123/01*, punt 24-25.

59 Met deze term sluit ik aan bij het nooit ingediende conceptwetsvoorstel Wet minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring (Wmz). Ook de ACM hanteert deze term in haar *Leidraad tariefafspraken zpp'ers* (ACM 2023, p. 6 en 23). Mijn definitie wijkt overigens wel enigszins af t.o.v. de Wmz, terwijl de ACM geen expliciete definitie geeft van dit begrip.

60 In par. 1.1 kwam het begrip 'precariaat' al aan bod met als omschrijving een groep werkenden die aangewezen is op tijdelijk en slecht betaald werk en daardoor langdurig of zelfs permanent in onzekerheid verkeert (Standing 2011; Savage e.a., *Sociology* 2013/47 (2); SCP 2014, p. 290-291), wat doorgaans leidt tot een onevenwichtige verdeling van de typische risico's die verbonden zijn aan het werk of de arbeidsmarkt ten nadele van deze groep werkenden (Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 7-8, onder verwijzing naar Frade & Darmon 2003).

61 Met deze definitie sluit ik aan bij de definitie van De Galan & Van Miltenburg 1980, p. 128. In veel studies wordt een vergelijkbare definitie gegeven (De Beer 2022, p. 55).

62 Zie o.a. Wagenaar 1996, p. 55 en 70; CPB 2018, p. 51 en 61.

63 Overigens bevindt de opdrachtnemer zich van oudsher op de productmarkt en niet op de arbeidsmarkt, maar omdat ik in deze studie mij focus op de opdrachtnemer die hoofdzakelijk d.m.v. eigen arbeid diensten verricht, spreek ik toch over de arbeidsmarkt.

64 Frenken e.a. 2017, p. 106.

65 Tjittes 1994, p. 24 en 44; Tjittes 1997, p. 378; Schelhaas 2018, p. 18 en 33; Tjittes 2022, p. 30 e.v.

Contractsvrijheid is een van de fundamenteën van het Nederlandse verbintenissenrecht.⁶⁶ Ook op Europees niveau heeft dit fundament gestalte gekregen in de vorm van de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie). Contractsvrijheid houdt in dat partijen in principe vrij zijn met wie zij wel of niet een overeenkomst aangaan en dat zij kunnen afspreken wat zij willen en waarover.⁶⁷ Deze vrijheid is op zowel nationaal als Europees niveau niet onbegrensd.⁶⁸ Zo wordt de mate van contractsvrijheid mede bepaald door misbruik van recht, misbruik van positie (overwicht of uitbuiting) of buitengewone benadeling.⁶⁹ Deze voorbeelden kunnen worden aangemerkt als concrete uitwerkingen van een meer algemeen beginsel, namelijk dat van de bescherming van de zwakke(re) partij.⁷⁰ In deze studie definieer ik ‘bescherming’ als het geheel van normen dat is gericht op het ondersteunen van de opdrachtnemer aan de onderkant voor werkgerelateerde risico’s op het gebied van inkomen en veiligheid. Daarbij onderscheid ik in wezen twee vormen van het meer overkoepelende begrip ‘bescherming’, namelijk ‘structurele bescherming’, waarmee ik bedoel dat de opdrachtnemer als uitgangspunt in aanmerking komt voor een bepaalde bescherming, en ‘incidentele bescherming’, waaronder ik de situatie versta waarin bescherming niet het uitgangspunt is, maar door de omstandigheden van het geval bescherming toch op zijn plaats is en de opdrachtnemer daarom in het concrete geval bescherming wordt geboden.

Waar de vorige alinea toe leidt, is dat de contractsvrijheid haar begrenzing kan vinden in onder meer de bescherming van een bepaalde partij. Deze begrenzing en de onderlinge verhouding tussen de contractsvrijheid en bescherming vormen in deze studie het startpunt van een zoektocht naar de mogelijkheden om de opdrachtnemer aan de onderkant meer bescherming te bieden zonder dat dit onevenredig doorschiet in de beperking van de contractsvrijheid voor alle opdrachtnemers. Deze zoektocht zal plaatsvinden vanuit een

66 Schelhaas 2018, p. 18 en 37; *Asser/Sieburgh 6-III 2022/41*. Meer in algemene zin komt Nieuwenhuis tot drie beginselen van het verbintenissenrecht: (i) het autonomiebeginsel, dat contractsvrijheid veronderstelt, (ii) het vertrouwensbeginsel en (iii) het causabeginsel (Nieuwenhuis 1979, p. 6 e.v.). Sieburgh onderscheidt in dit kader zes beginselen: (a) het autonomiebeginsel, dat contractsvrijheid veronderstelt, (b) het vertrouwensbeginsel, (c) het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid, (d) het beginsel van de trouw aan het gegeven woord, (e) het schuldbeginsel, het risicobeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel en (f) het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid (*Asser/Sieburgh 6-III 2022/41*).

67 Hartlief 1999a, p. 9; Jansen 2003, p. 134; *Asser/Sieburgh 6-III 2022/41*.

68 Hartlief 1999a, p. 13; Freudenthal, Milo & Schelhaas, *NTBR 2003/2*; Pavillon 2021, p. 16, die wijzen op de wet, de openbare orde, de goede zeden, de redelijkheid en billijkheid en het opgewekte vertrouwen van de wederpartij. Ook op EU-niveau heeft de contractsvrijheid, waar de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 HGEU) onderdeel van uitmaakt, geen absolute gelding, maar moet deze in relatie tot haar maatschappelijke functie worden beschouwd (HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich/Österreichischer Rundfunk*); HvJ EU 12 januari 2023, C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9 (*J.K./TP S.A.*)). Daardoor kan de contractsvrijheid aan beperkingen worden onderworpen, voor zover dergelijke beperkingen beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidelbare ingreep, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast (HvJ EG 28 april 1998, C-200/96, ECLI:EU:C:1998:172 (*Metronome Musik/Music Point Hokamp*)).

69 Zie impliciet Molengraaff, *RM 1895/14*; zie expliciet Jansen 2003, p. 134.

70 Jansen 2003, p. 134. Om deze reden wordt in de rechtsliteratuur wel opgemerkt dat het verbintenissenrecht inmiddels in ieder geval twee meesters dient: die van de contractsvrijheid en die van de bescherming van de zwakke partij (Hartlief 1999b, p. 19; Hondius 1999, p. 393).

verbintenissenrechtelijke invalshoek, waarbij drie thema's centraal staan: (a) het loon van de opdrachtnemer, (b) de schade die de opdrachtnemer lijdt of veroorzaakt en zijn aansprakelijkheid in dit kader en (c) de opzegging van de overeenkomst door de opdrachtgever. Deze thema's zijn doelbewust geselecteerd. Uit de geschetste probleemanalyse blijkt namelijk dat de bestaanszekerheid van de opdrachtnemer aan de onderkant onder druk staat, mede vanwege het lage tarief, het doorgaans ontbreken van sociale zekerheid en de onzekerheid van onvoldoende opdrachten, waardoor hij kwetsbaar is voor concurrentie, leegloop en een teruglopende vraag.⁷¹ De gekozen thema's houden alle drie verband met die bestaanszekerheid. Zij vormen immers de essentialia van het uitvoeren van de werkzaamheden en zijn (daarmee) van wezenlijke betekenis voor de economische en juridische positie van de opdrachtnemer aan de onderkant.⁷² Meer specifiek uit de wezenlijkheid van het thema loon voor de bestaanszekerheid van de opdrachtnemer aan de onderkant zich in zijn bestaansrecht, aangezien hij zonder adequaat loon financieel kwetsbaar is, wat mogelijk ertoe kan leiden dat hij niet in zijn levensonderhoud kan voorzien. Het thema schade is voor de bestaanszekerheid van de opdrachtnemer aan de onderkant ook elementair, omdat een grote schadepost of schadeclaim rechtstreeks zijn vermogenspositie aantast en daarmee zijn economische voortbestaan bedreigt. Het fundamentele aspect van het thema opzegging voor de bestaanszekerheid van de opdrachtnemer aan de onderkant is dat een (te) gemakkelijke opzegging die niet is omgeven met bepaalde (financiële) zekerheden, regelrecht zijn economische en juridische positie kan aantasten, nu dat ervoor kan zorgen dat zijn enige, hoofdzakelijke of belangrijke inkomstenbron direct wegvalt.

De drie thema's benader ik uitsluitend vanuit het verbintenissenrecht, zowel het algemene gedeelte (Boek 6 BW) als delen van het bijzondere gedeelte (Boek 7 BW). Daarbij zoek ik naar de ruimte die de open normen van het verbintenissenrecht bieden om de opdrachtnemer aan de onderkant zo nodig additionele bescherming te kunnen verlenen. Die ruimte kan vervolgens worden ingevuld door rechtsregels, die kunnen worden gevonden door toepassing van de in de wet liggende regels, door interpretatie of door analogie.⁷³ Ook in het geval van interpretatie of analogie wordt recht toegepast binnen de kaders die de wet geeft.⁷⁴ Een rechtsregel kan namelijk alleen via een van deze methoden worden gevonden als die regel is gebaseerd op een objectief gegeven, zoals de ratio van een wettelijke bepaling, algemene rechtsbeginselen of rechtsvergelijking.⁷⁵

71 De bestaanszekerheid van de bevolking is een van de voorwerpen van zorg van de overheid (art. 20 lid 1 Gw). De regering is voornemens de bestaanszekerheid te verbeteren via het aanpakken van onevenwichtigheden op de arbeidsmarkt en het tegengaan van armoede en schulden (Coalitieakkoord 2021-2025, p. 2 en 26).

72 Niet voor niets waren bij de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 al regels te vinden op het gebied van loon (art. 1637o-1637t en 1638-1638v BW (oud)), aansprakelijkheid (art. 1638y BW (oud)) en opzegging (art. 1639h en 1639ii BW (oud)). Zie uitgebreider over deze regels Jacobs & Roozendaal, *SMA* 2007/11.

73 Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974/1.

74 Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974/2.

75 Wiarda 1999, p. 76.

1.2.1 Vraagstelling

Uit de geschetste probleemanalyse volgt dat de verhouding tussen de niet-particuliere opdrachtgever en de niet-particuliere opdrachtnemer aan de onderkant vertrekt vanuit het (wettelijke) uitgangspunt van gelijkheid. Hierdoor staat niet bescherming, maar contractsvrijheid voorop. In dit kader vergt het beschermingsniveau van de groeiende groep opdrachtnemers aan de onderkant de aandacht. De bestaanszekerheid van deze opdrachtnemers staat namelijk onder druk, onder meer door hun lage tarief – dat afhankelijkheid en de daarmee gepaard gaande gevaren indiceert – en doordat zij feitelijk steeds meer gelijkenissen vertonen met de beschermde werknemer. Er is echter ook een heel arsenaal aan opdrachtnemers die niet of in ieder geval minder in een beschermenswaardige positie lijken te verkeren, zoals de opdrachtnemer die een hoog tarief in rekening kan brengen en daardoor niet of minder economisch afhankelijk is. Hierdoor is het vinden van regels voor opdrachtnemers ten aanzien van zowel het huidige als het toekomstige recht uiterst complex; onduidelijk is immers welke opdrachtnemer wanneer wordt en zou moeten worden beschermd, welk criterium daarvoor wordt en zou moeten worden gehanteerd en met behulp van welke instrumenten bescherming wordt en zou moeten worden gefaciliteerd. Dit spanningsveld heeft geleid tot de volgende centrale onderzoeksvraag van deze studie:

In hoeverre en op welke gronden kan het verbintennisrecht binnen de huidige kaders de opdrachtnemer aan de onderkant bescherming bieden ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging?

Deze vraagstelling valt uiteen in drie deelvragen, die de centrale vraag onderzoekbaar maken en die ik bij ieder thema afzonderlijk en specifiek gericht op het desbetreffende thema zal behandelen. Deze deelvragen luiden als volgt:

1. In welke mate heeft de opdrachtnemer aan de onderkant verbintennisrechtelijke bescherming ten aanzien van de thema's (a) loon, (b) aansprakelijkheid en (c) opzegging?

De beantwoording van deelvraag 1 valt als het ware uiteen in twee delen. Het eerste deel bestaat uit het per thema in kaart brengen van de rechtsregels die van toepassing zijn op de opdrachtnemer aan de onderkant (deelvraag 1). Dit is nodig om de centrale onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, omdat de rechtsregels moeten worden geduid om het beschermingsniveau daarvan te kunnen vaststellen. Het gaat hierbij om de regels die voor alle opdrachtnemers op dezelfde wijze gelden; deze regels zijn dus niet verbonden aan een open norm. Dit betreft vooral de regels uit de afdeling inzake de opdracht (afdeling 7.7.1 BW), aangezien de algemeen verbintennisrechtelijke regels (Boek 6 BW) veelal worden ingekleurd door onder andere de hoedanigheid van partijen (deelvraag 3). Zonder inventarisatie van de regels die uniform worden toegepast op alle opdrachtnemers (de zogenoemde nulmeting) is het onmogelijk te beoordelen of, en zo ja, in hoeverre het verbintennisrecht het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant aanvult (centrale onderzoeksvraag). In het tweede deel wordt nagegaan welke specifieke rechtsregels wanneer van toepassing zijn op de opdrachtnemer aan de onderkant. Die rechtsregels kunnen voortvloeien uit de verbintennisrechtelijke open normen (Boek 6 BW), maar ook uit enkele bijzondere bepalingen of regelingen die voor een deel van de opdrachtnemers van kracht zijn, zoals de opdrachtgeversaansprakelijkheid (artikel 7:658

lid 4 BW) en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML). Dit tweede deel vormt een opmaat voor de beantwoording van deelvraag 2 en 3.

2. Wat zijn de achterliggende gedachten van het verbintenrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van de thema's (a) loon, (b) aansprakelijkheid en (c) opzegging?

Nadat de toepasselijke rechtsregels per thema zijn blootgelegd (deelvraag 1), worden de achterliggende gedachten van het beschermingsniveau thematisch geanalyseerd (deelvraag 2). Dit is een noodzakelijke tussenstap, omdat die mij in staat stelt te bezien welke overkoepelende verklaringen ten grondslag liggen aan het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant. Pas na deze reflectie kan worden bekeken welke rol de open normen van het verbintenissenrecht spelen op de daadwerkelijke verhouding die schuilgaat achter de overeenkomst van opdracht en hoe deze overkoepelende verklaringen zich verhouden tot de hoedanigheid van de opdrachtnemer (deelvraag 3).

3. Welke invloed hebben de omstandigheden van het geval, in het bijzonder de hoedanigheid van partijen, op het verbintenrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van de thema's (a) loon, (b) aansprakelijkheid en (c) opzegging?

De beantwoording van de deelvragen 1 en 2 maken het mij mogelijk te onderzoeken of diversificatie mogelijk is ten aanzien van het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant en, zo ja, welk gevolg dat heeft voor dit beschermingsniveau (deelvraag 3). Via de open normen van het algemene verbintenissenrecht (Boek 6 BW), en mogelijk ook via enkele specifieke regels die van toepassing zijn verklaard op een deel van de opdrachtnemers aan de onderkant, kan invulling worden gegeven aan een bepaald (maatschappelijk) probleem. Door het dynamische karakter van met name een open norm kan meestal worden gekomen tot een (maatschappelijk aanvaardbare) oplossing van zo'n probleem.⁷⁶ Daarbij moet worden nagegaan wat de wetgever in soortgelijke gevallen voor ogen heeft gestaan, hoe daar in de rechtspraak mee wordt omgegaan en of in de wettelijke of rechterlijke omgang patronen te ontdekken zijn. Die uitkomsten heb ik niet alleen nodig om te kunnen vaststellen of een specifieke rechtsregel de opdrachtnemer aan de onderkant bescherming kan bieden, maar ook om te kunnen beoordelen of en in hoeverre de opdrachtnemer aan de onderkant op de drie thema's – individueel en uiteindelijk in onderling verband – kan worden beschermd. Aan de hand daarvan kan ik een antwoord formuleren op de vraag in hoeverre het verbintenissenrecht de opdrachtnemer aan de onderkant additionele bescherming kan bieden op de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging (centrale onderzoeksvraag).

1.2.2 Hypothese

Mijn hypothese van dit onderzoek is geweest dat de opdrachtnemer aan de onderkant met betrekking tot de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging bescherming kan putten uit het verbintenissenrecht. Ik veronderstel dat daardoor het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van de drie genoemde thema's tussen

⁷⁶ Van der Heijden & Noordam 2001, p. 113.

die van alle opdrachtnemers en die van de werknemer in zit (zie voor het toetsingskader paragraaf 1.3.1). Die hypothese ontleen ik aan de gedachte dat het gehele verbintenissenrecht wordt ingekleurd door de omstandigheden van het geval en de onderlinge hoedanigheid van partijen en de opdrachtnemer aan de onderkant in een precaire situatie verkeert. Dat suggereert dat een zekere vorm van bescherming wordt geboden. Dat er naar mijn verwachting niettemin enkele knelpunten bestaan omtrent het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant en dat dit niveau doorgaans lager is dan die van de werknemer, zal niet verbazen. Het tegenovergestelde zou eerder verbazing wekken. De opdrachtnemers tezamen vormen immers een zeer diffuse groep, zeker in vergelijking met de groep werknemers.⁷⁷

Mijn hypothese is pas houdbaar als ik aan het einde van deze studie alle (draden die lopen door de drie afzonderlijke) thema's kan samentrekken en daaruit blijkt dat het verbintenissenrecht de opdrachtnemer aan de onderkant daadwerkelijk (significante) bescherming kan bieden.⁷⁸ Vooruitlopend op de conclusie van deze studie kan ik alvast constateren dat mijn hypothese is uitgekomen, maar dat dit niet geldt voor de gedachten die aan deze hypothese ten grondslag lagen. Zo gaat het verbintenissenrecht per thema anders om met de hoedanigheid van partijen: soms is bescherming afhankelijk van die onderlinge hoedanigheid, soms is bescherming verbonden aan de veiligheidsafhankelijke positie waarin de opdrachtnemer zich bevindt en soms is bescherming voor alle opdrachtnemers in essentie gelijk.

1.2.3 Verantwoording en relevantie

Met deze studie beoog ik kennis en inzichten te verkrijgen die niet alleen het huidige beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant verduidelijken op de wezenlijke thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging, maar die ook een gefundeerde afweging mogelijk maken ten aanzien van de vraag of dit niveau wenselijk en gerechtvaardigd is. In dit verband analyseer ik het Nederlandse positieve verbintenissenrecht en inventariseer ik de (tot dusver in de rechtsliteratuur onderbelicht gebleven) verbintenisrechtelijke beschermingsmechanismen. Anders gezegd: ik bekijk welke bescherming de opdrachtnemer aan de onderkant momenteel kan ontlenen aan het verbintenissenrecht op de drie genoemde thema's, en daarmee ook welke bescherming thans ontbreekt. Op die manier breng ik zowel de mogelijkheden als de knelpunten omtrent het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant met betrekking tot die thema's aan het licht. Dat is van belang, omdat die analyse vooralsnog ontbreekt, terwijl de (sociaal-)economische en juridische positie van de opdrachtnemer aan de onderkant in het brandpunt van de belangstelling staat, zowel in het maatschappelijke als het politieke debat. Tegen de achtergrond van

77 Daarmee doel ik op het feit dat de werknemer veel vaker in een pure afhankelijkheidspositie verkeert t.o.v. de werkgever en in alle gevallen wordt gezien als economisch onzelfstandige en juridisch ondergeschikte partij, wat in algemene zin bescherming rechtvaardigt (Bles 1907, p. 2, 4, 6 en 10 en – meer recent – *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 2). Deze bescherming is gebaseerd op veronderstelde ongelijkheid; de werkende die voldoet aan de definitie-elementen van art. 7:610 BW wordt beschermd. De vraag of er feitelijk een ongelijke verhouding tussen partijen bestaat, heeft de wetgever niet relevant geacht voor de toepassing van art. 7:610 BW (vgl. Grosheide & Van der Neut, *TAC* 2021/3; Van der Neut, *ArbeidsRecht* 2023/29).

78 Met 'significant' bedoel ik een gemiddeld of hoog beschermingsniveau (zie par. 1.3.1).

de verscheidenheid aan opdrachtnemers – en in het verlengde daarvan de verschillende beschermingsbehoeften – bestudeer ik ook de overkoepelende beweegredenen die ten grondslag liggen aan dit beschermingsniveau en welke rol de hoedanigheid van partijen speelt in het kader van het bieden van bescherming op de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging. Daarmee beoog ik inzichtelijk te maken hoe het verbintenissenrecht op de verschillende thema's thans met de zeer diffuse groep opdrachtnemers omgaat en wat de verklaringen daarvoor zijn. Het is vervolgens een (rechts)politieke vraag of het huidige beschermingsniveau en de wijze waarop het verbintenissenrecht rekening houdt met de verscheidenheid aan opdrachtnemers, passen bij de positie waarin de opdrachtnemer aan de onderkant zich bevindt of wettelijk ingrijpen rechtvaardigen. Met de kennis en de inzichten uit dit onderzoek hoop ik een bijdrage te leveren aan (het maatschappelijke, beleidsmatige en rechtswetenschappelijke debat met betrekking tot) de verdere ontwikkeling en vormgeving van de rechtspositie van de opdrachtnemer aan de onderkant, alsook meer houvast te bieden aan zowel rechters als opdrachtgevers en opdrachtnemers zelf.

Vanwege de variëteit in opdrachtnemers heb ik gekozen voor een thematische aanpak. Mijn veronderstelling is dat door de complexe materie op te delen en in verschillende stapjes te behandelen, deze materie beter te overzien wordt. Aan de hand van deze benadering wordt bezien of de wetgever meer kan diversifiëren per onderwerp, zodat waar nodig bescherming kan worden geboden en contractsvrijheid niet onnodig wordt ingeperkt. Dit leidt mogelijk ook tot het overwegen van andere verbintenisrechtelijke instrumenten ter bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant.⁷⁹

In dit onderzoek richt ik mijn vizier op de 'echte' opdrachtnemer aan de onderkant en benader ik zijn beschermingsniveau vanuit het verbintenissenrecht. Met 'echt' bedoel ik dat na het vaststellen van de inhoud van de rechtsverhouding tussen partijen (uitlegfase) en het toetsen van die vastgestelde inhoud (kwalificatiefase), het etiket 'opdrachtnemer' op de werkende wordt geplakt (artikel 7:400 lid 1 BW). Het is ook mogelijk dat de werkende 'op papier' weliswaar opdrachtnemer is, maar na het doorlopen van de zojuist genoemde stappen voldoet aan de definitie-elementen van het dwingendrechtelijke artikel 7:610 lid 1 BW en daardoor kwalificeert als 'werknemer'.⁸⁰ In zo'n geval wordt wel gesproken van 'schijnzelfstandigheid'. Ik ga er in dit onderzoek van uit dat de opdrachtnemer daadwerkelijk kwalificeert als opdrachtnemer en niet als werknemer. Van de in deze studie centraal staande probleemstelling moet de arbeidsrechtelijke kwalificatieproblematiek dus goed worden onderscheiden. Bij deze problematiek is recentelijk veelvuldig stilgestaan. Ik noem enkele voorbeelden. Het Regeerakkoord 2017-2021 bevatte verschillende plannen omtrent de arbeidsrechtelijke kwalificatie,⁸¹ die Laagland in haar oratie in 2018 tegen het Europeesrechtelijke licht hield.⁸² In 2020 adviseerde de Commissie Regulering van Werk (commissie-Borstlap) over de regulering van werkenden. Een van de bouwstenen uit dit rapport is dat een overzichtelijk stelsel van contractvormen moet worden gecreëerd,

79 Deze aanpak sluit min of meer aan bij hetgeen uit de oratie van Boot volgt: de oplossing van de 'afhankelijke zzp'er', waaronder de opdrachtnemer aan de onderkant, begint niet met een voor alles en iedereen geldend antwoord, maar met deeloplossingen (Boot 2012, p. 10).

80 Grosheide & Van der Neut, *TAC* 2021/3 en *TAC* 2022/2.

81 Regeerakkoord 2017-2021, p. 25-26.

82 Laagland 2018.

waaronder een hanteerbare en eigentijdse afbakening tussen zelfstandigen en werknemers.⁸³ In 2021 verscheen de dissertatie van Said over de wijze waarop de beginselen partijautonomie en ongelijkheidscompensatie tot uiting komen bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie in het (arbeids)overeenkomstenrecht.⁸⁴ De oratie van Laagland, het rapport van de commissie en de dissertatie van Said dragen alle drie de gedachte uit dat het geen vanzelfsprekendheid is dat dé arbeidsrechtelijke kwalificatiebepaling (artikel 7:610 BW) (nog) wel tot een adequate toedeling van sociaalrechtelijke bescherming leidt.⁸⁵ Mede om die reden onderzoek ik of het verbintenissenrecht binnen de huidige kaders dergelijke bescherming kan bieden aan de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging. Een dergelijke studie ontbreekt tot dusver en voorziet in een behoefte, gezien de maatschappelijke ontwikkelingen en vele discussies over dit onderwerp (zie paragraaf 1.1).

Met mijn laatste zin uit de vorige alinea impliceer ik niet dat het beschermingsniveau of – meer in algemene zin – de materiële rechtspositie van de opdrachtnemer nooit in eerdere onderzoeken centraal heeft gestaan. Ik wijs allereerst op de dissertatie van Boot, waarin is geanalyseerd welke groepen werkenden bescherming (zouden moeten) genieten ten aanzien van de onderwerpen loon, ontslag, arbeidsomstandigheden, arbeidstijden en aansprakelijkheden.⁸⁶ Hij maakte daarin onderscheid tussen werknemers en opdrachtnemers met een zwakke en sterke maatschappelijke positie. Ook in de dissertatie van Aerts stond de opdrachtnemer in het middelpunt.⁸⁷ Door middel van een combinatie van juridisch-dogmatisch en empirisch onderzoek is bekeken wat de verhouding is tussen de juridische status en de sociaal-economische positie van de opdrachtnemer, evenals wat de gevolgen zijn van deze verhouding voor de beschermende bepalingen van het arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en fiscaal recht. Schelhaas heeft in haar oratie in breder verband de groep commerciële contractanten onder de loep genomen, meer concreet de vraag of consistentener moet worden gedifferentieerd binnen deze groep en waarom en wanneer bepaalde commerciële contractanten, waaronder de kleine opdrachtnemers, (consumenten)bescherming (moeten) genieten.⁸⁸ Waar de probleemstelling van deze studie vooral verschilt van de zojuist genoemde onderzoeken, is dat het zwaartepunt ligt op de opdrachtnemer aan de onderkant en de additionele bescherming die het verbintenissenrecht deze opdrachtnemer binnen de huidige kaders biedt en kan bieden omtrent de voor hem wezenlijke thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging. De resultaten van dit onderzoek bieden zodoende niet alleen een inkijk in het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant op deze drie thema's, maar dragen ook bij aan het bredere debat over de vraag of de opdrachtnemer aan de onderkant een eigen wettelijk regime verdient of dat binnen het huidige kader andere diffuse grenzen bestaan die bescherming kunnen

83 Commissie Regulering van Werk 2020, p. 68 e.v.

84 Said, *De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip* (MSR nr. 79) 2022.

85 Said, *De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip* (MSR nr. 79) 2022/1.1; *Kamerstukken II* 2021/22, 29 544, 1112, p. 21-24; *Kamerstukken II* 2021/22, 31 311, 246, p. 14-31. Deze gedachte heeft min of meer ook geresulteerd in verschillende belangwekkende arresten van de HR, waaronder HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Gemeente Amsterdam*); HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo/FNV*).

86 Boot 2005.

87 Aerts 2007.

88 Schelhaas 2018. Zie ook Schelhaas, AA 2018/0618; Pavillon, TvC 2019/3.

realiseren.⁸⁹ Als immers blijkt dat het verbintenissenrecht momenteel niet of slechts in zeer beperkte mate bescherming aan de opdrachtnemer aan de onderkant kan bieden, zou dat ervoor kunnen pleiten deze opdrachtnemer te onderwerpen aan een eigen wettelijk regime, voor zover uiteraard bescherming voor (een deel van) deze opdrachtnemers als wenselijk wordt beschouwd. Andersom geldt dat zo'n regime minder voor de hand ligt als het verbintenissenrecht nu al een zekere mate van bescherming biedt of kan bieden.

1.2.4 Afbakening

Deze studie kent verschillende beperkingen. Centraal staat de opdrachtnemer aan de onderkant. Dat brengt direct verschillende afbakeningen mee. Ten eerste kunnen de toepasselijke rechtsregels of invulling van de open normen uit het verbintenissenrecht voor de opdrachtnemer die zich niet aan de onderkant van de arbeidsmarkt begeeft, heel anders zijn. Op zowel de overeenkomsten als de verschillen tussen de opdrachtnemer aan de onderkant en de andere opdrachtnemers ga ik in principe niet in. Dat is slechts anders indien dit relevant is om de overeenkomsten of de verschillen in beschermingsniveau aan te geven, waarbij vooral valt te denken aan de zogenoemde nulmeting (deelvraag 1) en de invloed die de omstandigheden van het geval, in het bijzonder de hoedanigheid van partijen, hebben op het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging (deelvraag 3). Ten tweede bekijk ik dit onderzoek vanuit het oogpunt van de opdrachtnemer aan de onderkant en richt ik mij dus in beginsel niet op de positie van de opdrachtgever. Niettemin is het soms onontkoombaar ook het perspectief van de opdrachtgever mee te nemen. Zo kan de onderlinge hoedanigheid van partijen een rol spelen bij de invulling van verbintenissenrechtelijke open normen. Een ander voorbeeld is dat tegenover de bescherming van de opdrachtnemer een verplichting van de opdrachtgever staat. Deze verplichting moet wel van de opdrachtgever in kwestie kunnen worden verlangd. Ten derde ga ik ervan uit dat de opdrachtnemer aan de onderkant een 'echte' opdrachtnemer is en geen schijnzelfstandige (zie paragraaf 1.2.3). Aan de rechtsverhouding tussen partijen ligt in deze studie aldus een overeenkomst van opdracht ten grondslag (artikel 7:400 BW).⁹⁰ De wet definieert de overeenkomst van opdracht als de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken (artikel 7:400 lid 1

89 Een verkenning tot een aparte plek in het BW voor zelfstandig ondernemerschap werd afgesproken in het Regeerakkoord 2017-2021, p. 26. Zie meer recent de (aangenomen) motie van Eerdmans ter oproep aan de regering om te komen tot een wettelijke regeling voor zelfstandig ondernemerschap die de rechtspositie van zzp'ers in alle relevante aspecten vastlegt (*Kamerstukken II* 2021/22, 35 925, 47, p. 1).

90 Daarbij neem ik aan dat geen sprake is van een gemengde overeenkomst (art. 6:215 BW).

BW).⁹¹ Uit deze definitie is af te leiden dat de overeenkomst van opdracht een restkarakter heeft en fungeert als vangnet onder de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten.⁹² Hierdoor regelt de overeenkomst van opdracht als het ware het 'algemeen deel' op het gebied van dienstverlening. Het gevolg van deze ruime bandbreedte is dat de bepalingen van de afdeling inzake de opdracht volgens de parlementaire geschiedenis op soepele wijze moeten worden gehanteerd, zodat zij de praktijk een redelijk houvast voor normale gevallen bieden zonder knellend te werken voor de situaties waarin zij minder goed passen.⁹³ Daar komt bij dat deze afdeling een zogenoemde 'uitschakelbepaling' kent:⁹⁴ de bepalingen van deze afdelingen zijn slechts van toepassing indien niets anders voortvloeit uit de wet, de inhoud of aard van de overeenkomst van opdracht of van een andere rechtshandeling, of de gewoonte (artikel 7:400 lid 2 BW).

Verder is dit onderzoek beperkt tot het verbintenissenrecht. Zo blijven het socialezekerheidsrecht, pensioenrecht, medezeggenschapsrecht en fiscaal recht buiten beschouwing. Deze keuze komt voort uit zowel beperkingsoverwegingen als de behoefte tot inventarisatie van de mate waarin het verbintenissenrecht binnen de huidige kaders de opdrachtnemer aan de onderkant additionele bescherming kan bieden. Bovendien raakt het verbintenissenrecht bij uitstek de economische en juridische positie van de opdrachtnemer aan de onderkant op de korte termijn, waardoor het dus gaat om urgente thematiek die de opdrachtnemer aan de onderkant direct kan treffen. Een extra rechtvaardiging voor de gekozen invalshoek vormt de in de vorige alinea genoemde uitschakelbepaling (artikel 7:400 lid 2 BW), omdat een afwijkende volgorde wordt aangegeven van de bronnen waaruit moet worden geput: de gewoonte en redelijkheid en billijkheid gaan voor op het geschreven aanvullende recht uit de afdeling inzake de opdracht.⁹⁵ De beperking tot het verbintenissenrecht heeft dus niet als reden dat de genoemde domeinen irrelevant zijn voor de opdrachtnemer aan de onderkant. Een uitzondering van een niet-verbintenisrechtelijke regeling die ik wel uitgebreid behandel, is de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML), die dwingendrechtelijk een bodem legt ten aanzien van de hoogte van het loon. De reden dat ik de WML bespreek, is omdat deze regeling ziet op inkomensbescherming, betrekking

91 Uit deze definitie vallen meerdere vereisten af te leiden waaraan moet zijn voldaan om te kunnen spreken van zo'n overeenkomst: (i) de overeenkomst moet bestaan uit een afspraak waarbij de ene partij zich verbindt een dienst te verrichten ten behoeve van een andere partij (deze dienst, in dit onderzoek bestaande uit het (persoonlijk) verrichten van de werkzaamheden, behelst in beginsel een inspanningsverplichting); (ii) de werkzaamheden worden anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst verricht (art. 7:610 BW); en (iii) er mag geen sprake zijn van bewaarneming (art. 7:600 BW), aanneming van werk (art. 7:750 BW), het vervoeren en doen vervoeren van personen of zakenvervoer (zoals de vervoersovereenkomst (art. 8:20 BW), de overeenkomst van goederenvervoer over zee (art. 8:370 BW) en de overeenkomst van personenvervoer over zee (art. 8:500 BW)) of de exploitatieovereenkomst (art. 25b e.v. Auteurswet).

92 Al in 1907 vormde de voorloper van de overeenkomst van opdracht, de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten, een restcategorie; deze overeenkomst was als enige (van de drie) overeenkomsten op het gebied van werk niet gedefinieerd (art. 1637 BW (oud)). Vanwege deze vangnetfunctie is de overeenkomst van opdracht complementair aan o.a. de arbeidsovereenkomst. Formeel-dogmatisch kan de arbeidsovereenkomst overigens worden aangemerkt als een *lex specialis* van de overeenkomst van opdracht. Zij wijkt echter dusdanig van de overeenkomst van opdracht af dat zij (inmiddels) als een volledig afzonderlijke overeenkomst wordt gezien.

93 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, 3, p. 3.

94 Kortmann, *WPNR* 1990/5982.

95 Pitlo/Croes e.a. 1995, p. 225.

heeft op het thema loon en van toepassing is op een deel van de opdrachtnemers. Het onbesproken laten van deze regeling zou kunnen leiden tot een vertekend beeld van het verbintenissenrechtelijke beschermingsniveau op het thema loon, vandaar dat de WML in deze studie aan bod komt.

Tot slot ziet deze studie uitsluitend op de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging. De redenen dat ik deze drie thema's doelbewust heb geselecteerd (bestaanszekerheid) en (daarom) andere onderwerpen buiten beschouwing laat, zoals medezeggenschap en discriminatie, kwamen al aan bod in paragraaf 1.2. Om onnodige dubblures te voorkomen, volsta ik met een verwijzing naar die paragraaf.

1.3 Aanpak van het onderzoek

1.3.1 Toetsingskader

In deze studie staat centraal in hoeverre en op welke gronden het verbintenissenrecht binnen de huidige kaders de opdrachtnemer aan de onderkant bescherming kan bieden met betrekking tot de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging. Om te beoordelen wat de 'toegevoegde' waarde van het verbintenissenrecht is op het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant omtrent elk van de drie genoemde thema's, moet die waarde worden gekalibreerd. Anders gezegd: er moet een toetsingskader worden ontwikkeld waartegen de additionele bescherming van het verbintenissenrecht kan worden afgezet. Alleen op die manier is het mogelijk te beoordelen in hoeverre het huidige verbintenissenrecht de opdrachtnemer aan de onderkant bescherming kan bieden ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging en of dat leidt tot veel, gemiddeld of weinig bescherming. In deze context onderscheid ik drie beschermingsniveaus: een laag beschermingsniveau, een gemiddeld beschermingsniveau en hoog beschermingsniveau.

Met een 'laag beschermingsniveau' bedoel ik de bescherming van de afdeling inzake de opdracht (afdeling 7.7.1 BW) en de bepalingen uit Boek 6 BW die geen open afwegingsnorm kennen.⁹⁶ Dit beschermingsniveau is in feite de ondergrens, nu alle opdrachtnemers – sterk of zwak, hoog of laag tarief, economisch afhankelijk of onafhankelijk – zich sowieso kunnen beroepen op de daaruit voortvloeiende rechtsregels en de bijbehorende bescherming. Oftewel: afdeling 7.7.1 BW en de bepalingen uit Boek 6 BW die niet zijn verbonden aan een open afwegingsnorm, hanteer ik als laagste beschermingsniveau, omdat dit het beschermingsniveau is dat alle opdrachtnemers over de hele linie in ieder geval hebben. Om die reden kan dit beschermingsniveau als het ware worden gezien als 'nulmeting'.⁹⁷ Een 'hoog beschermingsniveau' omvat de bescherming die voor de werknemer uit de regeling inzake

96 Onder een 'open afwegingsnorm' versta ik de bepalingen die ruimte bieden voor een beschermingsoplossing voor een individueel geval.

97 Daarmee pretendeer ik niet dat partijen zelden of nooit contractueel afwijken van de bepalingen uit afd. 7.7.1 BW. Dergelijke afwijkingen komen in de praktijk namelijk vaak voor.

de arbeidsovereenkomst voortkomt (titel 7.10 BW).⁹⁸ Daarbij ga ik uit van de algemeen aanvaarde aanname dat de bescherming van de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hoog is in vergelijking met de opdrachtnemer.⁹⁹ Onder een 'gemiddeld' beschermingsniveau versta ik het niveau dat qua bescherming tussen 'laag' en 'hoog' in zit. Concreet onderscheid ik dus de volgende drie beschermingsniveaus:

- i. laag beschermingsniveau: het algemene verbintennisrecht biedt niet of nauwelijks afwijkende bescherming ten opzichte van zowel de afdeling inzake de opdracht (afdeling 7.7.1 BW) als de algemene bepalingen uit Boek 6 BW die geen open afwegingsnorm kennen;
- ii. gemiddeld beschermingsniveau: de algemeen verbintennisrechtelijke bescherming bevindt zich tussen die uit de afdeling inzake de opdracht (afdeling 7.7.1 BW) en de algemene bepalingen uit Boek 6 BW die geen open afwegingsnorm kennen (laag beschermingsniveau) en de regeling inzake de arbeidsovereenkomst (titel 7.10 BW) (hoog beschermingsniveau);
- iii. hoog beschermingsniveau: de algemeen verbintennisrechtelijke bescherming is meer dan, gelijk aan of komt in de buurt van die uit de regeling inzake de arbeidsovereenkomst (titel 7.10 BW).

Met het onderscheiden van voornoemde beschermingsniveaus hoop ik het verbintennisrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant (en de eventuele knelpunten daarvan) inzichtelijk te kunnen maken zonder dat het nodeloos ingewikkeld wordt. Het doel van dit toetsingskadercriterium is dat ik kan vaststellen wat het verbintennisrecht voor de opdrachtnemer aan de onderkant ten volle binnenhaalt of kan binnenhalen ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging. Anders gezegd: binnen het speelveld van de bescherming die volgt uit enerzijds de afdeling inzake de opdracht (afdeling 7.7.1 BW) en de bepalingen uit Boek 6 BW die geen open afwegingsnorm kennen en anderzijds de regeling inzake de arbeidsovereenkomst (titel 7.10 BW) bekijk ik waar de meter van de verbintennisrechtelijke bescherming staat en welke verklaringen daarvoor kunnen worden gevonden. Dat ga ik voor de opdrachtnemer aan de onderkant per thema (loon, aansprakelijkheid en opzegging) onderzoeken. Deze verschillende uitkomsten pak ik uiteindelijk samen, op basis waarvan ik een algemeen oordeel vel over het verbintennisrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant. Hiermee vel ik in wezen een oordeel over (een belangrijk deel van) de bestaanszekerheid van de opdrachtnemer aan de onderkant, nu alle drie de thema's met deze zekerheid verband houden (zie paragraaf 1.2).

98 Dat levert geen volledig beeld op, omdat de bescherming uit titel 7.10 BW soms samenhangt met bescherming die uit andere wetten voortvloeit. Een voorbeeld hiervan is ontslag, meer specifiek een WW-uitkering. Toch is dat niet problematisch, omdat het doel niet zozeer exacte wetenschap is, maar veeleer het kunnen vaststellen van de bescherming die het verbintennisrecht de opdrachtnemer aan de onderkant daadwerkelijk kan bieden.

99 Zie o.a. Van der Heijden 1996, p. 4; Aerts 2007, p. 131; Boot 2012, p. 7; Boot e.a., *De zzp'er (MSR nr. 64)* 2014/2.1 en 3.8; Laagland 2018, p. 5; Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht* 2021/3.1.2.

1.3.2 Onderzoeksmethode

Aan de werkzaamheden die de opdrachtnemer ten dienste van de opdrachtgever uitvoert, ligt de overeenkomst van opdracht ten grondslag (artikel 7:400 BW). De aard van (de rechtsverhouding achter) de overeenkomst van opdracht en alle verbintenisrechtelijke rechtsregels die binnen de huidige kaders hier betrekking op (kunnen) hebben, zijn het juridische raamwerk van dit onderzoek. Logischerwijs leidt dat ertoe dat deze studie overwegend juridisch-dogmatisch van aard is en vooral een beschrijvend en verklarend karakter heeft,¹⁰⁰ hier en daar aangevuld met normatieve elementen. Die normatieve elementen zijn niet willekeurig of puur subjectief, maar gebaseerd op de analyse en interpretatie van de voor juristen conventionele bronnen: verdragen, wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en literatuur,¹⁰¹ alsook de daaruit af te leiden begrippen en beginselen. Meer specifiek bekijk ik of goede argumenten (lijken te) bestaan voor (categorische) bescherming. Als dat zo is en de ruimte voor bescherming ontbreekt, merk ik dat aan als 'knelpunt', waarmee ik dus een waardeoordeel geef tegen de achtergrond van bijvoorbeeld een wettelijke bepaling. Tevens doe ik in deze studie aan interne rechtsvergelijking met als het doel inspiratie op te doen in andere bijzondere regelingen voor de invulling van de verbintenisrechtelijke open normen. Daarnaast verricht ik meerdere rechtspraakonderzoeken, aan de hand waarvan ik kan achterhalen hoe de feitenrechtspraak invulling geeft aan de verbintenisrechtelijke open normen, mede gezien de hoedanigheid van partijen. Door de laatstgenoemde methode kent deze studie ook een empirische component.

Voor de beantwoording van de eerste en tweede deelvraag – die zien op het beschermingsniveau van alle opdrachtnemers, de toepasselijke rechtsregels voor de opdrachtnemer aan de onderkant en de achterliggende gedachten die daaraan ten grondslag liggen – pas ik de dogmatische benadering toe. Die benadering leidt tot de volgende aanpak. Ik maak eerst een analyse van het geldende verbintennisrecht dat van toepassing is op alle opdrachtnemers (de zogenoemde nulmeting) en daarna specificeer ik dit proces tot de opdrachtnemer aan de onderkant, allebei uitsluitend ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging. Daarbij richt ik mij ook op de achterliggende gedachten van de toepasselijke regelgeving. In dit kader bestudeer ik met name de wet, de parlementaire geschiedenis, de 'standaardarresten' van de Hoge Raad en rechtsliteratuur. Om twee redenen voer ik deze exercitie ook uit voor de werknemer, zij het meer in globale zin. De eerste reden hangt samen met het feit dat het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant wordt afgezet tegen die van de werknemer, waarbij ik ervan uitga dat de bescherming van de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hoog is in vergelijking met de opdrachtnemer. De tweede reden houdt verband met (de inspiratie die arbeidsrechtelijke normen kunnen spelen bij) de invulling van de open verbintenisrechtelijke normen en komt bij de onderzoeksmethode die ziet op de derde deelvraag nader ter sprake.

100 Juridische dogmatiek heeft immers als object van het onderzoek het geldende positieve recht (*Asser/Vranken Algemeen deel***** 2014/8).

101 Daaronder versta ik mede onderzoeken van beleidsmatige aard, de zgn. 'grijze literatuur'.

De derde deelvraag heeft betrekking op de invloed die de omstandigheden van het geval, in het bijzonder de hoedanigheid van partijen, hebben op het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant. Met de beantwoording van deze deelvraag beoog ik in kaart te brengen welke mogelijkheden het verbintenissenrecht binnen de huidige kaders biedt om de opdrachtnemer aan de onderkant, mede gezien zijn precare hoedanigheid, te beschermen ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging, welke knelpunten in deze context bestaan en welke verklaringen daarvoor kunnen worden gevonden. De diepere analyse en de daaruit af te leiden knelpunten vormen het normatieve element van deze studie, omdat ik daarbij een waardeoordeel geef over het in mijn ogen terecht of onterecht ontbreken van (categorische) bescherming en de redenen daarvan. Voor de beantwoording van deze derde deelvraag voer ik, naast de aanpak die is beschreven in verband met de beantwoording van de eerste en tweede deelvraag, verschillende rechtspraakonderzoeken uit en ga ik over tot interne rechtsvergelijking. Hieronder zal ik deze twee werkwijzen verder toelichten.

In het kader van de aansprakelijkheid van de opdrachtgever en de opzegging door de opdrachtgever heb ik onder meer vier rechtspraakonderzoeken verricht. Aan de basis van deze onderzoeken staan twee arresten van de Hoge Raad: *Davelaar/Allspan*¹⁰² en *Gemeente De Ronde Venen/Stedin*.¹⁰³ In deze arresten zijn belangrijke normen ontwikkeld die onder omstandigheden leiden tot de bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant als hij schade oploopt in de uitvoering van zijn werkzaamheden, respectievelijk als de opdrachtgever de overeenkomst met hem opzegt. Op beide thema's heb ik tientallen uitspraken geanalyseerd, zodat ik kan nagaan hoe de feitenrechtspraak invulling aan deze normen geeft en waarmee ik poog patronen en ontwikkelingen in kaart te brengen. Dat inzicht is noodzakelijk om de vraag te kunnen beantwoorden welke invloed de omstandigheden van het geval – en dan met name de hoedanigheid van partijen – hebben op het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant. Daarbij heb ik telkens bekeken of feitenrechters in hun oordeel de hoedanigheid van partijen – in het bijzonder de hoogte van het tarief en de economische afhankelijkheid – hebben betrokken en, zo ja, welke rol dat in een bepaalde context speelde. Voor een uitgebreidere toelichting van de wijze waarop de bestudeerde rechtspraak is verzameld, welke zoektermen ik daarbij heb gebruikt en waarom voorzichtigheid op zijn plaats is bij het trekken van algemene conclusies op basis van mijn rechtspraakonderzoeken, verwijs ik naar de paragrafen 3.3.1, 3.3.1.1, 3.3.1.2, 4.3.1.1 en 4.3.2.1. Ten aanzien van het thema loon ontbreekt een rechtspraakonderzoek. Hoewel uit de WML belangrijke normen voortvloeien die onder omstandigheden de opdrachtnemer aan de onderkant kunnen beschermen tegen een (te) laag loon, is de reden van deze afwezigheid dat de werkings sfeer van de WML per 1 januari 2018 is uitgebreid en deze uitbreiding nog niet heeft geresulteerd in gepubliceerde jurisprudentie (zie voor een uitvoerigere motivering paragraaf 2.3.1).

Om antwoord te kunnen geven op de derde deelvraag, analyseer ik naast (de uitvoering van) de rechtspraakonderzoeken rechtsnormen en juridische figuren die zich in andere rechtsgebieden voordoen omtrent de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging. Bij

102 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (*Davelaar/Allspan*).

103 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*).

deze interne rechtsvergelijking zoek ik vooral naar specifieke rechtsregels of -beginselen die mogelijk invulling kunnen geven aan een algemeen verbintenisrechtelijke open norm en daarmee het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant zou doen aanvullen.¹⁰⁴ In deze context wordt gekeken naar de bijzondere regelingen die gelden voor andere bijzondere groepen die (enige) gelijkenissen vertonen met de positie van de opdrachtnemer aan de onderkant. Dit betreft in ieder geval de al aangekondigde werknemer (artikel 7:610 BW). Daar waar relevant neem ik ter inspiratie ook andere bijzondere groepen in ogenschouw die net als de opdrachtnemer aan de onderkant in een kwetsbare positie verkeren en vermoedelijk op een aantal terreinen tegen dezelfde 'problemen' aanlopen, maar in tegenstelling tot deze opdrachtnemer wel wettelijke bescherming genieten. Hiermee doel ik op de aannemer (artikel 7:750 BW),¹⁰⁵ de handelsagent (artikel 7:428 BW),¹⁰⁶ de huurder van een woonruimte (artikel 7:232 BW)¹⁰⁷ en de huurder van een bedrijfsruimte (artikel 7:290 BW).¹⁰⁸ Daarbij bezie ik welke bijzondere groep bescherming geniet op (één of meerdere van) de drie thema's, de reden(en) waarom hij ten aanzien van welk thema wordt beschermd en de wijze waarop dat wordt gedaan. Dat vraagt om een dogmatische

104 Een vergelijking van gehele rechtsgebieden i.p.v. bijv. specifieke normen is in beginsel weinig zinvol (Schlössels 2015, p. 263).

105 De regeling aanneming van werk in het algemeen (afd. 7.12.1 BW) reguleert de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en aannemer op een consistente en evenwichtige wijze (*Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/7*). Deze regeling is niet geschreven met het doel een van de partijen meer bescherming te bieden (*Kamerstukken II 1992/93, 23 095, 3, p. 1*). De afdeling 'Bijzondere bepalingen voor de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf' differentieert wel, maar laat ik verder onbesproken, omdat het in die afdeling gaat om bepalingen ter bescherming van de consument-opdrachtgever (afd. 7.12.2 BW), terwijl in deze studie wordt uitgegaan van een niet-particuliere opdrachtgever.

106 De agentuurovereenkomst is een bijzondere vorm van de overeenkomst van opdracht. De kern van de regeling inzake de agentuurovereenkomst (afd. 7.7.4 BW) is vooral gelegen in het beschermen van de handelsagent tegenover de principaal (Urlus, Charatjan & Christ, *De agentuurovereenkomst (R&P nr. CA16)* 2017/1; *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/321*). De reden daarvan is dat de handelsagent tegenover de principaal een relatief afhankelijke positie inneemt (vgl. t.a.v. de Agentuurrichtlijn (Richtlijn 86/653/EEG) HvJ EG 30 april 1998, C-215/97, ECLI:EU:C:1998:189 (*Bellone*); HvJ EG 9 november 2000, C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605 (*Ingmar*); HvJ EG 23 maart 2006, C-465/04, ECLI:EU:C:2006:199 (*Honyvem Informazioni Commerciali*); HvJ EG 17 januari 2008, C-19/07, ECLI:EU:C:2008:23 (*Chevassus-Marche/Danone*)). De afdeling inzake de agentuurovereenkomst (afd. 7.7.4 BW) is beschermend en wijkt daarmee substantieel af van die inzake de opdracht in het algemeen (afd. 7.7.1 BW) (*Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/321*).

107 De huurovereenkomst van een woonruimte is een overeenkomst die maatschappelijk belangrijke materie reguleert (*Kamerstukken II 1997/98, 26 089, 3, p. 2*). De grondgedachte daarbij is de bescherming van de huurder (*Kamerstukken II 2000/01, 26 089, 19, p. 13*). Historisch zien alle wetgevingsinspanningen met betrekking tot de huur van woonruimtes op regelgeving waarbij bescherming van de huurder vooropstaat (zie in chronologische volgorde de Huurcommissiewet 1917, de Huuropzeggingswet 1918, het Huurprijbesluit 1940, het Huurprijsuitvoeringsbesluit 1941, het Huurbeschermingsbesluit 1941, de Huurwet van 1 januari 1951, de wijzigingen in 1979 en – tot slot – de aanpassingen in 2003).

108 De algemene doelstelling van de bepalingen op het gebied van de huur van een bedrijfsruimte is de bescherming van de huurder voorop te stellen (Kerpestein 2005, p. 45; Kerpestein 2012, p. 71; *Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021/14*). De bescherming van de huurder van een bedrijfsruimte is (mede) in het leven geroepen, omdat een dergelijke huurder sterk afhankelijk is van zijn vaste klanten en met het oog daarop moeilijk zijn bedrijf kan verplaatsen naar een andere locatie. Verplaatsing betekent namelijk doorgaans inkomensverlies. Zoals de werknemer bescherming nodig heeft tegen ontslag, verdient de huurder van een bedrijfsruimte bescherming tegen opzegging van de huur (*Kamerstukken II 2000/01, 26 089, 19, p. 53*).

aanpak. Deze aanpak komt dan ook grotendeels overeen met die ten aanzien van de eerste en tweede deelvraag: per thema wordt gekeken naar de wet en bijbehorende wetsgeschiedenis met als doel de ratio van de bescherming te achterhalen, waarna ik onderzoek hoe de rechtspraak met deze bescherming omgaat.¹⁰⁹ In deze context beperk ik mij tot de 'standaardarresten' op het gebied in kwestie. Door middel van de geschetste aanpak kan ik analyseren hoe de gesignaleerde bescherming zich verhoudt tot de opdrachtnemer aan de onderkant.¹¹⁰ Een bijkomend voordeel van deze interne rechtsvergelijking is dat het niet alleen kan leiden tot de invulling van een algemeen verbintenisrechtelijke open norm, maar mogelijk ook nieuwe instrumenten in kaart brengt die aan de basis kunnen staan van de verdere vormgeving van het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant.

Dit onderzoek omvat geen externe rechtsvergelijking. Deze keuze kent vooral als achtergrond dat verschillende rechtssystemen uit verschillende landen vaak met elkaar worden vergeleken om inspiratie op te doen of het gezichtsveld te verbreden.¹¹¹ Ten aanzien van het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ontbreekt vooralsnog een nationaal onderzoek waarin de invloed van het verbintenisrecht op dit beschermingsniveau wordt onderzocht. Mijn verwachting is dat het verbintenisrecht binnen de huidige kaders meerdere mechanismen kent die het mogelijk maken de opdrachtnemer aan de onderkant additionele bescherming te verlenen op de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging. Een externe rechtsvergelijking is – gelet op mijn centrale onderzoeksvraag – minder relevant en zou deze studie nodeloos langdradig maken.¹¹²

1.3.3 Opzet

Dit onderzoek gaat over het verbintenisrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van drie thema's: loon (hoofdstuk 2), aansprakelijkheid (hoofdstuk 3) en opzegging (hoofdstuk 4). Dit beschermingsniveau wordt achtereenvolgens en aan de hand van dezelfde opbouw per thema behandeld. In algemene zin bekijk ik eerst wat de regeling inzake de opdracht te bieden heeft. Daarna zie ik of bepaalde bijzondere rechtsregels van toepassing zijn verklaard op de overeenkomst van opdracht. Vervolgens bespreek ik de (open) normen die uit het algemene verbintenisrecht voortvloeien. Dan volgt een analyse van de bepalingen die op dat terrein gelden voor de werknemer. Daar waar relevant (voor de invulling van de open verbintenisrechtelijke normen) voer ik deze analyse ook uit met betrekking tot de aannemer, de handelsagent en de huurder van een woon- en bedrijfsruimte. Hierbij beproef ik of voor het verbintenisrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant, aanknopingspunten kunnen worden ontdekt in

109 Ik zal m.n. bekijken of aan deze bescherming een ruime of een restrictieve uitleg wordt gegeven en waarom dat gebeurt.

110 Dat zou eventueel kunnen leiden tot een analogische toepassing. Dat houdt in dat een rechtsregel uit een wettelijke bepaling wordt toegepast op een geval waarin hij naar de letter en bedoeling van de wet niet voor is geschreven. Per analogie kan een rechtsregel worden toegepast als de gelijkenissen tussen de niet-bestreden gevallen en de wel bestreden gevallen groter zijn dan de verschillen (Van Boom 2021, p. 184). In het ongelijke wordt dan gelijkheid geconstateerd en gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld, zo is de gedachte.

111 Schlössels 2015, p. 262-263.

112 Deze overtuiging is deels gebaseerd op Asser/*Vranken Algemeen deel***** 2014/18 en 147 e.v.; Schlössels 2015, p. 262 e.v.

zowel de ratio van de bepalingen die gelden voor de werknemer, aannemer, handelsagent en huurder als de manier waarop voor deze groepen bescherming is vormgegeven. Ieder hoofdstuk wordt afgesloten met een schematisch overzicht van het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant en een conclusie.

In het afrondende hoofdstuk (hoofdstuk 5) kom ik tot de volgende conclusies. Het aanvullende verbintenissenrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging kwalificeer ik als 'gemiddeld'; de opdrachtnemer aan de onderkant heeft op deze thema's – zowel individueel als in onderling verband bezien – meer bescherming dan de 'standaard-opdrachtnemer', maar minder dan de werknemer. De opdrachtnemer aan de onderkant geniet structurele bescherming als hij in een (individuele of collectieve) kwetsbare positie verkeert, wat per thema kan verschillen en ook per thema moet worden vastgesteld. Als hij niet structureel wordt beschermd, kunnen de open normen van het verbintenissenrecht corrigerend werken en hem alsnog incidentele bescherming bieden indien hij in het concrete geval toch een beschermenswaardige positie inneemt. Het feit blijft dat alleen een ongelijkwaardige verhouding tussen partijen ten nadele van de opdrachtnemer aan de onderkant, niet per definitie resulteert in bescherming. Al met al is het verbintenissenrecht een dynamisch rechtsgebied, dat binnen de huidige kaders de opdrachtnemer aan de onderkant (een zekere vorm van) bescherming kan bieden ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging, zij het dat er wel een aantal fundamentele knelpunten (lijken te) bestaan.

HOOFDSTUK 2

Loon

2.1 Inleiding

Het onderwerp 'loon' houdt verband met de bestaanszekerheid van de opdrachtnemer aan de onderkant (zie paragraaf 1.2). Dit onderwerp heeft de afgelopen jaren in relatie tot deze opdrachtnemer dan ook veel belangstelling genoten. Met name de hoogte van dit loon is veelvuldig onderwerp van discussie geweest. Een van de redenen daarvan is dat geen categorie werkenden zodanige inkomensverschillen kent als de opdrachtnemers.¹ Een andere reden is dat de opdrachtnemer van alle werkenden het meeste risico op financiële kwetsbaarheid loopt, die mogelijk tot armoede kan leiden.² Een belangrijke oorzaak van dit risico is het gegeven dat menig opdrachtnemer in een preciaire situatie slechts een laag tarief in rekening kan brengen.³ De werkzaamheden die de opdrachtnemer met een laag tarief verricht, karakteriseren zich meestal door een bepaalde laagdrempeligheid, waardoor dit werk door potentieel veel werkenden kan worden uitgevoerd. Het concurreren op basis van het tarief is daardoor vaak dé manier om de opdracht te verkrijgen.⁴ Dat kan leiden tot een neerwaartse druk op de tarieven van deze opdrachtnemers.⁵ Hierdoor kunnen zij de kosten van bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid⁶ of het opbouwen van reserves voor het geval dat opdrachten uitblijven in de regel niet doorberekenen in hun tarieven,⁷ als zij überhaupt al voldoende verdienen om in hun noodzakelijke levensbehoefte te kunnen voorzien.⁸

1 IBO 2015, p. 15; Bennaars & Popma 2018, p. 84; WRR 2020, p. 84.

2 IBO 2015, p. 17; CBS 2018, p. 59; SCP 2018, p. 29, 46, 91 en 174; CBS 2019b; WRR 2020, p. 97; Montebovi 2021, p. 46; CBS 2021b, p. 9 en 67.

3 SCP 2018, p. 46.

4 Een gevolg daarvan is dat de opdrachtnemer met een laag tarief niet of in zeer beperkte mate kan onderhandelen over de hoogte van zijn beloning (en andere voorwaarden). Oftewel: de opdrachtgever bepaalt onder deze omstandigheden doorgaans het tarief van de opdrachtnemer. Uit onderzoek van Bouma en Frouws blijkt dat bij de grens van een tarief van (omgerekend) minder dan € 20 per uur in belangrijke mate door de opdrachtgever wordt bepaald (Bouma & Frouws 2011, p. 48).

5 Hierin schuilt het gevaar van een *race to the bottom* (concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Gemeente Amsterdam*)).

6 In het Pensioenakkoord heeft het kabinet afgesproken dat er een verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor opdrachtnemers moet komen (*Kamerstukken II* 2018/19, 32 043, 457). Dit moet o.a. een financieel vangnet gaan bieden voor opdrachtnemers die arbeidsongeschikt raken. Vanwege de gekozen invalshoek laat ik dit aspect verder onbesproken. Zie uitgebreider hierover *Kamerstukken II* 2020/21, 29 544, 1044.

7 *Kamerstukken II* 2018/19, 31 311, 219, p. 3; Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 10.

8 IBO 2015, p. 45; Kösters, Van den Brakel & Loog, *Socialeconomische trends* 2016/07, p. 10.

De financiële kwetsbaarheid van een deel van de opdrachtnemers heeft onder meer geleid tot verschillende wetgeving(sinitiatieven). Zo is sinds 1 januari 2018 de reikwijdte van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML)⁹ verruimd tot een grotere groep opdrachtnemers.¹⁰ Vanwege het armoederisico van opdrachtnemers enerzijds en ongewenste concurrentie op beloning tussen zowel opdrachtnemers onderling als tussen opdrachtnemers en werknemers anderzijds ging in 2019 het voorstel Wet minimumbeloning zelfstandigen (Wmz) in consultatie.¹¹ Ondanks het armoederisico onder opdrachtnemers en deze ongewenste concurrentie op beloning is de Wmz niet verder uitgewerkt, wat geen verband hield met de achterliggende gedachte van het voorstel, maar met de haalbaarheid – of beter gezegd: onhaalbaarheid – van eenvoudig toepasbare regels.¹²

Ik trap dit hoofdstuk af met de bescherming die de afdeling inzake de opdracht de opdrachtnemer ten aanzien van (de hoogte van) het loon biedt (paragraaf 2.2). Deze afdeling legt geen bodem omtrent de hoogte van het loon, maar zo'n bodem kan voor een deel van de opdrachtnemers wel uit de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag voortvloeien. De toepasselijkheid van deze wet en enkele (wetgevings)voorstellen en instrumenten die samenhangen met een minimumtarief, staan daarna centraal (paragraaf 2.3). Vervolgens ga ik in op de bescherming die de opdrachtnemer aan de onderkant kan ontlenen aan het algemene verbintenisrecht op het gebied van loon (paragraaf 2.4). De twee leerstukken die ik in dit kader behandel, zijn de wettelijke (handels)rente als wapen om te late en incorrecte loonbetalingen te voorkomen en de loonaanspraak van de opdrachtnemer bij niet-werken op grond van schuldeisersverzuim. Aansluitend bespreek ik hoe de regeling inzake de arbeidsovereenkomst met deze leerstukken omgaat (paragraaf 2.5). Het doel hiervan is niet alleen het beschermingsniveau van de werknemer in kaart te brengen, zodat dit niveau van de opdrachtnemer aan de onderkant daartegen kan worden afgezet, maar ook om te bekijken of analogieën kunnen worden ontdekt in de ratio van de arbeidsrechtelijke loonbepalingen, wat een aanwijzing kan zijn dergelijke regels ook toe te passen op de relatie opdrachtgever-opdrachtnemer aan de onderkant. Daarna breng ik het aanvullende beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van het thema loon schematisch in kaart (paragraaf 2.6). Dit hoofdstuk sluit ik af met een conclusie (paragraaf 2.7).

In deze studie ligt de focus op de opdrachtnemer die hoofdzakelijk door middel van zijn eigen arbeid tegen een laag tarief zelf (in persoon) diensten verricht, kortweg: de opdrachtnemer aan de onderkant (zie paragraaf 1.2). Deze opdrachtnemer is veelal economisch afhankelijk van één opdrachtgever (zie paragraaf 1.2). In dit onderzoek ga ik ervan uit dat hij recht heeft

9 De WML is geen verbintenisrechtelijke regeling. Het buiten beschouwing laten van deze regeling, die ziet op inkomensbescherming en van toepassing is op een deel van de opdrachtnemers, zou kunnen leiden tot een vertekend beeld van het verbintenisrechtelijke beschermingsniveau op het thema loon, vandaar dat de WML wel in deze (verbintenisrechtelijke) rij is opgenomen.

10 *Stb.* 2017, 359.

11 *Kamerstukken II* 2018/19, 31 311, 219, p. 4 en 6; Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 3.

12 *Kamerstukken II* 2019/20, 31 311, 235, p. 3; *Kamerstukken II* 2019/20, 35 074, T, p. 3.

op loon in de vorm van geld.¹³ Daarbij neem ik aan dat de opdrachtnemer per tijdsruimte (per uur of per maand) krijgt betaald, tenzij expliciet anders is aangegeven. Zo ga ik op een aantal plekken in op de resultaatsverbintenis-opdrachtnemer die prestatieloon ontvangt, waaronder stukloon. Daarbij vindt de beloning plaats per geproduceerde eenheid (per afgeleverd product of dienst). Andere resultaatafhankelijke beloningen laat ik onbesproken, zoals winstdeling, wat mede wordt ingegeven door het feit dat dergelijke beloningsvormen zelden voorkomen bij de opdrachtnemer aan de onderkant.

2.2 De loonregels van afdeling 7.7.1 BW

De afspraken tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer bepalen in principe of loon is verschuldigd en wat de hoogte daarvan is. De afdeling inzake de opdracht (afdeling 7.7.1 BW) is vrij beknopt en algemeen van aard en dit komt ook naar voren ten aanzien van het onderwerp loon. Als geen afspraken zijn gemaakt over het recht op loon of de hoogte daarvan, geeft deze afdeling daar invulling aan (artikel 7:405 BW) (zie hieronder nader). Daarnaast kent afdeling 7.7.1 BW een bepaling die meebrengt dat de opdrachtgever de aan de opdracht verbonden onkosten moet vergoeden, tenzij deze in het loon zijn begrepen (artikel 7:406 lid 1 BW).¹⁴ Deze verplichting van de opdrachtgever blijft hier buiten beschouwing, omdat daarin geen daadwerkelijke (inkomens)bescherming voor de opdrachtnemer ligt opgesloten. Verder is in deze afdeling geregeld wanneer en in welke mate de opdrachtnemer bij een voortijdig einde van de opdracht recht heeft op loon (artikel 7:411 BW). Omdat deze bepaling niet los kan worden gezien van de beëindiging van de overeenkomst, komt de bespreking daarvan in het hoofdstuk over opzegging aan bod (zie paragraaf 4.2.3.1). In het vervolg van deze paragraaf richt ik mij op de bescherming die afdeling 7.7.1 BW de opdrachtnemer met betrekking tot (de hoogte van) het loon kan bieden.

Partijen spreken meestal af op welk loon de opdrachtnemer aanspraak kan maken. Ook zonder dergelijke afspraak heeft de opdrachtnemer die de overeenkomst in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan, recht op loon (artikel 7:405 lid 1 BW).¹⁵ Het ligt voor de hand dat het begrip 'in de uitoefening van een beroep of bedrijf' ruim moet worden geïnterpreteerd en dat hieronder de opdrachtnemer valt die zowel geheel als gedeeltelijk

13 Dit is de meest voorkomende vergoeding die de opdrachtgever is verschuldigd voor de door de opdrachtnemer te verrichten werkzaamheden. Andere vormen van loon blijven dus onbesproken, zoals in natura. Overigens is loon geen definitie-element van de overeenkomst van opdracht ex art. 7:400 lid 1 BW (en kan de opdracht dus ook 'om niet' geschieden).

14 De formulering van art. 7:406 lid 1 BW brengt mee dat slechts onkosten die uitsluitend zijn gemaakt ten dienste van deze ene opdracht, voor vergoeding in aanmerking komen (*Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 337 en 338). Verder is deze aanspraak begrensd tot de kosten die redelijk en verantwoord zijn voor een juiste uitoefening van de werkzaamheden, waarbij de opdrachtnemer voorzichtigheid in acht moet nemen bij het maken van onkosten (*Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 337). Als zowel de overeenkomst als het (normale) gebruik geen opheldering biedt t.a.v. de vraag of de onkosten in het loon zijn verwerkt, zal dit veelal kunnen worden bepaald aan de hand van de wijze waarop het loon wordt vastgesteld (zie daarover *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/139*).

15 Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 10 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9287. Uitzonderingen op dit uitgangspunt kunnen overigens uit de wet of het ongeschreven recht voortvloeien (zie uitgebreider *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/128*).

ten behoeve van zijn beroeps- of bedrijfsactiviteiten handelt,¹⁶ zoals een pakketbezorger en kunstenaar.¹⁷ Als de opdrachtnemer buiten de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt, mag volgens de wetgever normaal gesproken worden verondersteld dat partijen hebben beoogd dat geen loon is verschuldigd.¹⁸ Deze veronderstelling vaart op het gerechtvaardigd vertrouwen. Een redelijke uitleg van artikel 7:405 lid 1 BW lijkt mee te brengen dat de opdrachtnemer die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt en geen afspraak over de verschuldigdheid van loon heeft gemaakt, hier toch recht op kan hebben indien de dienstverlening in principe alleen tegen een contraprestatie wordt verricht.¹⁹ In dat geval ontbreekt immers het gerechtvaardigd vertrouwen dat de dienstverlening 'om niet' zou geschieden. Daarbij kan worden gedacht aan opdrachten die worden verstrekt via een platform; platformwerkers beogen inkomen te genereren voor de werkzaamheden die zij via het platform verrichten, terwijl zij mogelijk niet beroeps- of bedrijfsmatig handelen.²⁰

Het uitgangspunt is aldus dat alle niet-particuliere opdrachtnemers, waaronder de opdrachtnemer aan de onderkant die in dit onderzoek centraal staat, recht heeft op loon. Een vraag van een heel andere orde is wat de hoogte van het loon is. Deze vraag speelt niet alleen als partijen niet over de verschuldigdheid van het loon hebben gesproken (en het recht hierop dus voortvloeit uit artikel 7:405 lid 1 BW), maar ook als loon is bedongen zonder daarbij de hoogte of berekeningswijze te bepalen.²¹ In die situatie is de opdrachtgever het op de gebruikelijke wijze berekende loon of – bij gebreke daarvan²² – een redelijk loon verschuldigd (artikel 7:405 lid 2 BW). Zo kan naar deze norm worden gekeken indien de omvang van de werkzaamheden niet nauwkeurig vaststaat. Ook kan deze maatstaf

16 De keuze om deze bescherming aan dit type opdrachtnemer te koppelen is in zoverre opvallend, nu in andere gevallen juist bescherming wordt geboden aan de opdrachtnemer die *niet* in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf handelt. De verklaring hiervoor is dat de overeenkomst van opdracht bijv. ook – anders dan in deze studie wordt aangenomen – een 'vriendendienst' kan zijn, in welk geval de regel van art. 7:405 lid 1 BW niet passend zou zijn.

17 Deze discussie speelt tevens m.b.t. de algemene voorwaarden. Ook in dit kader wordt wel een ruime interpretatie van het begrip 'in de uitoefening van een beroep of bedrijf' aangehouden (*Asser/Sieburgh 6-III 2022/499 e.v.*).

18 *Kamerstukken II 1982/83, 17 779, 3, p. 4; Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14, 1991, p. 334.*

19 Vgl. *Asser/Kortmann-De Leede-Thunnissen 5-III 1994/55; Pitlo/Croes e.a. 1995, p. 232-233; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/127*. Volledigheidshalve merk ik op dat zonder aanspraak op art. 7:405 lid 1 BW de weg van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) nog wel openstaat en die hetzelfde resultaat kan bewerkstelligen.

20 *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/127*. Zie bijv. hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, waarin de overweging is te vinden dat twee derde van de maaltijd-bezorgers – in ieder geval in fiscale zin – hobbymatig werkt.

21 *Kamerstukken II 1982/83, 17 779, 3, p. 4.*

22 Er bestaan bijv. onvoldoende aanknopingspunten voor de vaststelling van het gebruikelijk loon, zoals het aantal gewerkte uren en een gebruikelijk uurloon.

bijvoorbeeld worden toegepast als de opdrachtnemer extra, niet in de oorspronkelijke overeenkomst begrepen werkzaamheden op zich neemt en hierdoor meer uren maakt.²³

Wat een 'redelijk' loon is, is onder meer afhankelijk van (i) de aard van de verrichte werkzaamheden, (ii) de – zo nodig schattenderwijs te bepalen – omvang van de verrichte werkzaamheden en (iii) hetgeen in de desbetreffende branche in het algemeen gebruikelijk is.²⁴ Het laatstgenoemde handvat toont het maatschappelijk-economische kader waarin de loonbepaling zich voordoet.²⁵ Daarbij geldt dat aan de bepaling van een redelijk loon, anders dan normaliter het geval is bij de berekening van een gebruikelijk loon, niet een nauwkeurige berekening ten grondslag kan worden gelegd. Om die reden kunnen in een juridische procedure ter vaststelling van het loon geen hoge eisen worden gesteld aan de stelplicht en bewijslast van de opdrachtnemer omtrent het redelijke loon en aan de motivering door de rechter van zijn oordeel daaromtrent.²⁶ Van deze soepele benadering gaat een zekere beschermende werking jegens de opdrachtnemer uit. De rechtvaardiging hiervoor kan (vooral) worden gevonden in het feit dat het redelijke loon als vangnet fungeert om het recht op loon aan de opdrachtnemer toe te wijzen in gevallen waarin vaststaat dat extra werkzaamheden zijn verricht, maar heldere criteria omtrent de hoogte van het loon ontbreken.²⁷ Een andere benadering zou ertoe kunnen leiden dat voor de extra uitgevoerde werkzaamheden geen loon wordt betaald (en de opdrachtgever mogelijk ongerechtvaardigd wordt verrijkt). Het enkele feit dat de opdrachtnemer geen exacte urenspecificatie kan overleggen, omdat de extra uren bijvoorbeeld als één project door elkaar zijn gemaakt, kan deze vermogensverschuiving niet dragen. Een zodanige verschuiving ligt slechts voor de hand als de opdrachtnemer dusdanig weinig aanvoert dat het twijfelachtig is of hij überhaupt wel extra werkzaamheden heeft verricht.²⁸ Bovendien zorgt deze soepele benadering ervoor dat de opdrachtnemer wordt beschermd ten aanzien van zijn bewijspositie in de situatie dat hij 'extra' betaling vordert voor de extra uren en de opdrachtgever zich daartegen

23 Zie bijv. HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1680 (*3Span/Recreatiebeheer*), waarin een projectmanagementperiode van elf maanden en een vaste vergoeding waren overeengekomen. Gedurende het project werden de werkzaamheden uitgebreid, waardoor de projectmanagementperiode met drie maanden werd verlengd en de opdrachtnemer een vergoeding voor de extra werkzaamheden vorderde op grond van art. 7:405 lid 2 BW. Hierbij kon de opdrachtnemer echter het exacte aantal uren van het meerwerk niet specificeren doordat alle uren als één groot project door elkaar waren gemaakt. Ondanks het feit dat het loon van het extra werk niet op de gebruikelijke wijze was vast te stellen, kon aan de hand van de wel beschikbare gegevens toch een redelijk loon worden bepaald. In deze zaak kon o.m. acht worden geslagen op de aard en omvang van de extra werkzaamheden in vergelijking met de aard en omvang van de in de overeenkomst beschreven werkzaamheden. Na verwijzing werkte het hof 's-Hertogenbosch uiteindelijk twee berekeningsmethoden uit (hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL0928).

24 HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1680 (*3Span/Recreatiebeheer*).

25 Hijma, NJ 2011/4.

26 HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1680 (*3Span/Recreatiebeheer*). Zie bijv. ook hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2309. De rechter zal in het algemeen kunnen volstaan met de vermelding welke omstandigheden hij n.a.v. het debat tussen partijen in aanmerking heeft genomen en hoe hij met de inachtneming van die omstandigheden tot de bepaling van het redelijke loon is gekomen.

27 Zie voor meer argumenten Hijma, NJ 2011/4.

28 Vgl. concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2008:BG1680 voor HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1680 (*3Span/Recreatiebeheer*); Hijma, NJ 2011/4.

verweert door te stellen dat een vast bedrag is overeengekomen. Deze bescherming geldt voor alle opdrachtnemers en staat dus in principe los van de hoedanigheid van partijen.

De afdeling inzake de opdracht regelt niet wanneer het loon moet worden betaald. Daarvoor moet worden teruggegrepen op de partijafspraken of, bij het ontbreken daarvan, de algemene bepalingen uit Boek 6 BW, die regelen dat de betaling terstond moet plaatsvinden (artikel 6:38 e.v. BW) (zie paragraaf 2.4.1.2). De partijafspraken beheersen dus in beginsel de regels over de verschuldigdheid van het loon, de hoogte daarvan en het betalingsmoment. Afdeling 7.7.1 BW kent geen bodembescherming omtrent bijvoorbeeld de hoogte van het loon. Oftewel: zij grijpt niet in op loonafspraken. De afdeling inzake de opdracht biedt de opdrachtnemer aan de onderkant op het terrein van loon zodoende nauwelijks bescherming.²⁹ Zodanige bescherming kan wel buiten deze afdeling worden gevonden (zie paragraaf 2.3).

2.3 De hoogte van het loon: minimumloon en minimumtarieven

Een mogelijke uitzondering op de contractsvrijheid van partijen vormt de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML). Deze wet legt dwingendrechtelijk een bodem ten aanzien van de hoogte van het loon (artikel 7 jo. 19 WML) en biedt een zekere inkomensbescherming aan de opdrachtnemer die onder de reikwijdte van de WML valt. Deze bescherming is van belang voor de opdrachtnemer aan de onderkant en degene die daar dicht tegenaan schuurt.³⁰ Hierna bekijk ik eerst wanneer de opdrachtnemer (aan de onderkant) onder de reikwijdte van de WML valt en wat de ratio daarvan is (paragraaf 2.3.1). Bij deze bespreking sla ik mede acht op de moeilijkheden die in dit kader spelen, waaronder de kwalificatie als zelfstandig ondernemer in fiscale zin en stukloon. Vervolgens komen het conceptwetsvoorstel Wet minimumbeloning zelfstandigen (Wmz), het SER-MLT-advies, de standaardregeling (artikel 6:214 BW) en (de uitbreiding van) de cao(-mogelijkheden) aan bod, die ik alle vier behandel met het oog op het (minimum)loon van de opdrachtnemer (paragraaf 2.3.2).

2.3.1 De toepasselijkheid van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag

De bescherming van het minimumloon kan onder omstandigheden de opdrachtnemer toekomen,³¹ namelijk indien hij de overeenkomst van opdracht tegen beloning en niet 'in de uitoefening van bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van beroep'³² is aangegaan (artikel 2

29 Voor opdrachtnemers (aan de onderkant) die artistieke prestaties leveren, zoals fotografen, journalisten en tekstschrijvers, speelt bijv. ook nog het risico dat zij contractueel afstand doen van hun auteurs- of beeldrechten en exploitatierechten, waardoor zij bij hergebruik geen extra betaling ontvangen (vgl. Aerts 2007, p. 363).

30 Het leerstuk van minimumloon en minimumtarieven en de eventuele toepasselijkheid van wet- en regelgeving op dit gebied is doorgaans irrelevant voor situaties waarin de opdrachtnemer een hoog tarief in rekening brengt, aangezien zij evident zullen voldoen aan het wettelijk minimumloon, zelfs als zij extra, niet-ingecalculeerde uren maken.

31 De WML kent overigens – naast de eigen personele reikwijdte – een eigen loonbegrip (art. 6 WML). Zie over dit begrip en de ratio daarvan Van Slooten 1999, p. 100-101.

32 Hiermee is de terminologie in de WML gelijkgetrokken met die uit de fiscale wetgeving (*Stb.* 2017, 484).

lid 2 aanhef en sub b WML).³³ De ratio van de WML is dat de persoon die werkzaamheden verricht, hiervoor in elk geval een zodanig loon ontvangt dat dit, gezien de algehele welvaartssituatie, als een sociaal aanvaardbare tegenprestatie voor de werkzaamheden kan worden beschouwd.³⁴ Hiermee wordt de werkende (zoveel mogelijk) verzekerd van een bestaansminimum; de laagstbetaalden vormen in sociaal en economisch opzicht de meest kwetsbare categorie en aan hen dient daarom zekerheid omtrent dit onderdeel van hun rechtspositie te worden geboden.³⁵ Als partijen zijn gebonden aan de WML, kan een schending van een daaruit voortvloeiende verplichting worden bestraft met een bestuurlijke boete (artikel 18b e.v. WML) of een last onder dwangsom (artikel 18n e.v. WML), afhankelijk van het type schending. Deze bestraffingsmechanismen, of – beter gezegd – het ontbreken van een individueel pressiemiddel, bekritiseer ik later in dit hoofdstuk tegen de achtergrond van het individuele beschermingsniveau van de opdrachtnemer (zie paragraaf 2.4.1 en 2.5.1).

De maatstaf 'buiten de uitoefening van bedrijf of buiten de zelfstandige uitoefening van beroep handelen' (artikel 2 lid 2 aanhef en sub b WML) komt overeen met het begrip 'ondernemerschap' in fiscale zin.³⁶ In dat kader wordt bekeken of de opdrachtnemer een onderneming drijft.³⁷ Met andere woorden: de opdrachtnemer verricht de werkzaamheden voor eigen rekening en loopt daarbij ondernemersrisico. Elementen waarnaar kan worden gekeken of aan dit criterium wordt voldaan, zijn bijvoorbeeld het feit dat de opdrachtnemer winst maakt of het oogmerk heeft winst te behalen die redelijkerwijs ook te verwachten is, meer dan één opdrachtgever heeft, aantoonbaar aan acquisitie doet, zich naar buiten als zelfstandig ondernemer presenteert, debiteurenrisico loopt, investeringen heeft gedaan in bedrijfsmiddelen, voldoende zelfstandig is ten opzichte van zijn opdrachtgever(s), streeft naar continuïteit van de verschillende opdrachten en jaarstukken opmaakt voor de Belastingdienst.³⁸ De opdrachtnemer die voor één of hoofdzakelijk dezelfde opdrachtgever werkt en alleen meer geld kan verdienen door meer uren te maken, zal doorgaans niet kwalificeren als ondernemer in fiscale zin en zodoende onder de reikwijdte van de WML vallen.³⁹ Bovendien vraag ik mij in algemene zin af hoe 'zelfstandig' de opdrachtnemer

33 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 623, 3, p. 2. De 'WML-opdrachtnemer' kan deze aanspraak zo nodig langs civielrechtelijke weg geldend maken. Dit blijkt ook expliciet uit verschillende parlementaire stukken, waaronder *Kamerstukken II* 1967/68, 9574, 3, p. 14; *Stb.* 1996, 481, p. 5; *Kamerstukken II* 2012/13, 33 623, 3, p. 4; *Kamerstukken I* 2016/17, 33 623, L, p. 9. Met deze wijziging vond overigens ook een verruiming plaats t.a.v. stukloon en meerwerk (zie later in deze paragraaf).

34 *Kamerstukken II* 1967/68, 9574, 3, p. 5, 14 en 17 en daarna o.a. herhaald in *Kamerstukken II* 2012/13, 33 623, 3, p. 1 en 5; *Kamerstukken II* 2016/17, 34 573, 3, p. 2 en 15. Overigens sluit deze gedachte aan bij de normen uit verschillende internationale verdragen en het concept 'minimum living wage' (zie voor een bespreking daarvan Bennaars & Popma 2018, p. 101 e.v.).

35 *Kamerstukken II* 1967/68, 9574, 3, p. 5-6.

36 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 623, 3, p. 2-3; *Kamerstukken I* 2016/17, 33 623, M, p. 2.

37 *Stb.* 2017, 359, p. 6; *Kamerstukken I* 2016/17, 33 623, M, p. 10-11.

38 *Kamerstukken I* 2016/17, 33 623, M, p. 10; *Stcrt.* 2016, 34013, p. 4; *Stb.* 2017, 359, p. 6; HR 16 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5085; HR 21 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8523. Volledigheidshalve merk ik op dat de genoemde elementen niet limitatief van aard zijn.

39 Let op: deze opdrachtnemer kan nog steeds handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf in de zin van het BW. De fiscale maatstaf wijkt namelijk af van het BW-begrip 'handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf' zoals ik in par. 1.2 heb gedefinieerd en waarin ik aansluiting heb gezocht bij art. 7:404, art. 7:405 lid 1 en art. 7:409 lid 3 BW.

daadwerkelijk is als hij een tarief hanteert of accepteert dat onder het minimumloon ligt, uitzonderingen daargelaten.⁴⁰

De rechtvaardiging om de zelfstandige beroeps- of bedrijfsmatig handelende opdrachtnemer buiten de werking van de WML te plaatsen, moet worden gevonden in het feit dat deze opdrachtnemer doorgaans meerdere opdrachtgevers heeft en (mede daarom) een minder kwetsbare positie inneemt.⁴¹ Als blijkt dat deze opdrachtnemer (toch maar) één opdrachtgever heeft, valt hij nog steeds buiten de reikwijdte van de WML, omdat in die situatie van de fictie wordt uitgegaan dat het hebben van één opdrachtgever een bewuste keuze is.⁴² Ook in dat geval wordt de zelfstandig beroeps- of bedrijfsmatig handelende opdrachtnemer dus geacht zelf zorg te dragen voor een adequaat inkomensniveau.

Verskillende ontwikkelingen hebben uiteindelijk geleid tot de zojuist besproken definiëring van de 'WML-opdrachtnemer'. Deze ontwikkelingen bespreek ik in deze alinea kort, omdat dit een mooie illustratie geeft van hoe in het verleden is geworsteld met het bieden van bescherming voor een deel van de opdrachtnemers. De WML had namelijk aanvankelijk in het geheel geen betrekking op de opdrachtnemer.⁴³ Daar kwam in 1996 verandering in door de personen van wie de arbeidsrelatie op één lijn kon worden gesteld met de arbeidsovereenkomst recht te geven op het wettelijk minimumloon.⁴⁴ Er bestond volgens de wetgever geen grond om groepen werkenden die feitelijk en maatschappelijk in dezelfde positie verkeerden verschillend te behandelen, alleen vanwege de omstandigheid dat in een aantal gevallen niet precies werd voldaan aan de gebruikelijke criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.⁴⁵ In de kern kwamen de criteria voor de toepasselijkheid erop neer dat de WML ook ging gelden voor de 'afhankelijke' opdrachtnemer.⁴⁶ Toen in de

40 Met uitzonderingen doel ik bijv. op het binnenhalen van een opdracht tegen een lage prijs, waarna de opdrachtnemer die prijs dan langzamerhand gaat verhogen. Dat past juist bij ondernemerschap. Ook kan worden gedacht aan een all-inprijs die meer uren in beslag neemt dan de opdrachtnemer vooraf had ingeschat.

41 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 623, 3, p. 2, 3 en 6; *Stb.* 2017, 359, p. 7.

42 Bovendien ga ik ervan uit dat deze opdrachtnemer op een ander moment wel meerdere opdrachtgevers heeft en ook in dat opzicht flexibeler is.

43 *Stb.* 1968, 657. Overigens was in de wetsgeschiedenis wel al de overweging te vinden dat rekening werd gehouden met de mogelijkheid om in de toekomst de werkingssfeer van de wet te verruimen indien dit gewenst zou blijken, zoals de personen uit het beroeps- en bedrijfsleven die in maatschappelijk opzicht en wat hun arbeidsverhouding betreft, met werknemers gelijkgesteld konden worden (*Kamerstukken II* 1967/68, 9574, 3, p. 15 en 17).

44 *Stb.* 1996, 481.

45 *Stb.* 1996, 481, p. 4. Dit was overigens niet het enige motief om over te gaan tot dit besluit, aangezien in de toelichting is te lezen dat de praktijk soms moeite had met het beantwoorden van de vraag of de arbeidsrelatie een arbeidsovereenkomst vormt met als gevolg dat een aanspraak op het minimumloon bestaat. Waar vandaag de dag voornamelijk aan de (schijn)zelfstandige wordt gedacht, speelde dit destijds vooral in het kader van thuiswerk (*Stb.* 1996, 481, p. 3 en 5).

46 De opdrachtnemer die – ongenueanceerd gezegd – ten hoogste twee opdrachtgevers had, de werkzaamheden persoonlijk moest verrichten en een duurzame relatie van een bepaalde omvang (ten minste drie maanden met een omvang van gemiddeld ten minste vijf uren per week) met de desbetreffende opdrachtgever had (art. 1 Besluit van 2 september 1996).

praktijk bleek dat de toepassing van de WML tamelijk eenvoudig kon worden omzeild,⁴⁷ bijvoorbeeld door te bedingen dat de arbeid niet persoonlijk hoefde te worden verricht,⁴⁸ is gekozen voor de huidige reikwijdte omtrent de WML-opdrachtnemer, waarin nog maar één criterium leidend is:⁴⁹ de opdrachtnemer is de overeenkomst van opdracht buiten 'de uitoefening van bedrijf of buiten de zelfstandige uitoefening van beroep' aangegaan (artikel 2 lid 2 aanhef en sub b WML). Deze verruiming dient in wezen een dubbel doel: de opdrachtnemer aan de onderkant het recht geven op een sociaal aanvaardbare tegenprestatie en het voorkomen van sociale dumping.⁵⁰ Daarmee heeft de WML gaandeweg ook het karakter gekregen van een instrument waarmee oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden wordt tegengegaan.⁵¹ Ik constateer dat door de jaren heen is gezocht naar een werkbare vorm om aan de opdrachtnemer die zich tegenover de opdrachtgever in een sociaal-economische positie bevindt die vergelijkbaar is met de positie van de werknemer ten opzichte van de werkgever, bescherming te bieden door middel van een aanspraak op het wettelijk minimumloon. Uiteindelijk heeft mede deze beschermingsgedachte geresulteerd in het creëren van een *level playing field* als werkbare vorm.

De uitbreiding van de werkingssfeer van de WML per 1 januari 2018 heeft nog niet geresulteerd in gepubliceerde jurisprudentie,⁵² maar lijkt vanuit beschermingsoogpunt wel een stap vooruit. Bovendien is het speelveld op het eerste gezicht overzichtelijk(er) geworden doordat de werkingssfeer nog maar is begrensd door één criterium. Dat wil echter niet zeggen dat alle onduidelijkheden en complexe vraagstukken omtrent de toepasselijkheid van de WML op de relatie opdrachtgever-opdrachtnemer daarmee tot het verleden behoren. Hieronder besteed ik aandacht aan een aantal van dit soort onduidelijkheden en complexiteiten.

Kwalificatie zelfstandig ondernemer

Om niet gebonden te zijn aan de WML, moet de opdrachtgever aannemelijk maken dat de opdrachtnemer kwalificeert als ondernemer in fiscale zin.⁵³ Dat is echter geen gemakkelijke opgave, omdat bepaalde elementen van dit fiscale begrip moeilijk zijn te bewijzen of niet inzichtelijk zijn voor de opdrachtgever, zoals het streven naar continuïteit van verschillende opdrachten, het aantal opdrachtgevers en het voldoende zelfstandig zijn ten opzichte van

47 Dit bracht niet alleen mee dat opdrachtnemers (aan de onderkant) de WML-bescherming ontbeerden, maar ook dat oneerlijke concurrentie ontstond tussen bedrijven die wel en niet conform de WML beloonden (*Kamerstukken II 2012/13*, 33 623, 6, p. 15; *Stb.* 2017, 359, p. 7; *Kamerstukken I 2013/14*, 33 623, H, p. 1).

48 Een parallel kan worden getrokken met de vrije vervangingsclausule in het licht van de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Nu de kwalificatieproblematiek buiten het bestek van dit onderzoek valt (zie par. 1.2.3 en 1.2.4), verwijs ik voor een bespreking van dit aspect naar Van der Neut, *ArbeidsRecht* 2021/48; Van der Neut, *ArbeidsRecht* 2023/29.

49 *Kamerstukken II 2011/12*, 29 502, 76, p. 4; *Kamerstukken II 2012/13*, 33 623, 3, p. 1-2.

50 *Kamerstukken II 2012/13*, 33 623, 6, p. 15; *Stb.* 2017, 359, p. 7.

51 *Kamerstukken I 2013/14*, 33 623, H, p. 1.

52 Ik heb gezocht tussen 1 januari 2018 en 1 januari 2023. Hierbij heb ik rechtspraak.nl, Legal Intelligence, Navigator en Rechtsorde geraadpleegd en (een combinatie van) de volgende zoektermen gebruikt: '2 WML', 'WML opdrachtnemer', 'WML zzp', 'WML zzp'er', 'WML overeenkomst van opdracht', 'minimumloon opdrachtnemer', 'minimumloon zzp', 'minimumloon zzp'er' en 'minimumloon overeenkomst van opdracht'.

53 *Kamerstukken II 2012/13*, 33 623, 3, p. 2-3; *Kamerstukken I 2016/17*, 33 623, M, p. 2, 4 en 10.

die opdrachtgevers.⁵⁴ Bovendien kunnen deze elementen gedurende de opdracht wijzigen met als mogelijk gevolg dat de WML eerst niet van toepassing was en dat op een gegeven moment wel wordt.⁵⁵ Een zekere gelijkenis is te constateren met de handhavingsproblemen rondom de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA).⁵⁶ Een van de conclusies uit het rapport van de Algemene Rekenkamer uit 2022, waarin de handhaving van de Belastingdienst bij schijnzelfstandigheid centraal stond, luidde dat de beoordeling of (in fiscale zin) sprake is van zelfstandigheid of werknemerschap⁵⁷ voor alle betrokkenen ingewikkeld is.⁵⁸ Toch wordt de opdrachtgever – met het oog op de WML – geacht te weten welke opdrachtnemers de werkzaamheden verrichten buiten het kader van het zelfstandig beroep of bedrijf. In de parlementaire geschiedenis is in dit verband het volgende opgemerkt: “De regering is het ermee eens dat een goed hanteerbaar toetsingskader voor ondernemerschap van belang zou kunnen zijn. Of sprake is van ondernemerschap is echter een afweging van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval. In antwoord op de voorgaande vraag is ingegaan op de elementen die hierbij een rol spelen.”⁵⁹ Dit citaat benadrukt in mijn ogen de complexiteit van het probleem: per geval dient de opdrachtgever de specifieke feiten en omstandigheden van het geval af te wegen, waarbij slechts een lijst met elementen is gegeven die bij deze afweging relevant kunnen zijn. Wat het voor de opdrachtgever extra lastig maakt en in het begin van deze alinea al naar voren kwam, is dat hij waarschijnlijk niet op de hoogte is van alle feiten en omstandigheden die zich in het domein van de opdrachtnemer bevinden. Dat ziet op zowel de omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat de WML van toepassing is (de voorvraag) als de omstandigheden die kunnen meebrengen dat onder de WML is beloond (de vervolgvraag bij een bevestigend antwoord op de voorvraag). Er moet in dit kader een juiste balans worden gezocht tussen de onderzoeksplicht van de opdrachtgever en de informatieplicht van de opdrachtnemer. Hoe deze balans er in welke situatie exact uit dient te zien, gaat het bestek van deze studie te buiten. Wel trek ik in dit verband twee lessen uit het niet-ingediende wetsvoorstel Wet minimumbeloning zelfstandigen (zie paragraaf 2.3.2.1).

54 Dergelijke kritiek werd ook al geuit toen deze wetswijziging werd voorgesteld (zie bijv. AARvS (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 623, 4); Van Drongelen & De Kort, *TRA* 2016/24; Vermeulen, *TAP* 2017/301).

55 Een parallel kan worden getrokken met HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7500 (*TROS/Schretlen*), welk arrest betrekking heeft op art. 1 sub b onder 2 BBA, waarin de reikwijdte van het BBA wordt verruimd naar de werkende die – kort gezegd – persoonlijke arbeid verricht, waarbij deze arbeid niet van bijkomstige aard is en niet voor meer dan twee anderen wordt verricht.

56 Tussen 1 januari 2001 en 1 mei 2016 gaf de Verklaring arbeidsrelatie (VAR) voorafgaand aan de arbeidsrelatie zekerheid over de zelfstandigheid in fiscale zin. Met een VAR-WUO (winst uit onderneming) kon ondernemerschap (zelfstandigheid) worden aangetoond. Sinds de Wet DBA is dit afgeschaft (*Stb.* 2016, 45).

57 Let op: ik ga er in dit onderzoek van uit dat de opdrachtnemer geen schijnzelfstandige is (zie par. 1.2.3 en 1.2.4).

58 Algemene Rekenkamer 2022, p. 35-37. In een reactie op dit rapport liet de staatssecretaris weten dat deze conclusie wordt herkend en dit het beeld bevestigt dat het maken van een onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen complex is voor zowel werkenden als werkverschaffers als de Belastingdienst (brief d.d. 1 april 2022 van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst, kenmerk 2022-0000107718).

59 *Kamerstukken I* 2016/17, 33 623, M, p. 11.

Normale arbeidsduur

Bij het recht op het minimumloon gaat de WML uit van de ‘normale arbeidsduur’ (artikel 12 WML). Dit is de arbeidsduur die in overeenkomstige arbeidsverhoudingen in de regel geacht wordt een volledige dienstbetrekking te vormen (artikel 12 lid 3 WML).⁶⁰ In de praktijk verschilt per sector wat als de normale arbeidsduur kwalificeert: 36, 38 of 40 uren per week. Als de opdrachtnemer korter of langer dan deze uren werkzaamheden verricht, wordt het minimumloon naar evenredigheid verminderd, respectievelijk vermeerderd (artikel 12 lid 1 WML).⁶¹ Een moeilijkheid die zich dan kan aandienen, is dat het in meerdere gevallen onduidelijk kan zijn wat de normale arbeidsduur is. Dit leidt er niet alleen toe dat de WML-opdrachtnemer niet weet waar hij exact recht op heeft, maar maakt ook dat handhaving (nog) arbeidsintensiever en complexer wordt. Aan deze moeilijkheid zou tegemoet kunnen worden gekomen door de ‘normale arbeidsduren’ gelijk te trekken naar bijvoorbeeld 36 uren.⁶² Een andere kwestie die in dit kader kan spelen, houdt verband met het volgende punt: stukloonbetaling.

Stukloon

De WML gaat in principe uit van loon naar tijdsruimte (per uur of per maand), terwijl het niet ongebruikelijk is dat de beloning van de opdrachtnemer is gekoppeld aan het resultaat van de verrichte werkzaamheden, zoals vaak bij (maaltijd- en pakket)bezorgers. De beloning vindt dan plaats per afgeleverd product of dienst, ook wel bekend onder de noemer ‘stukloon’ (loon naar prestatie). Tot 1 januari 2018 kende de WML ten aanzien van stukloon een fictieve arbeidsduur: het recht op minimumloon bestond met betrekking tot de tijd die redelijkerwijs met de uitvoering van de verrichte werkzaamheden was gemoeid, de zogenoemde productienorm. Op deze fictie bestond veel kritiek, waaronder dat (i) een productienorm vaak lastig was vast te stellen, (ii) het onder deze norm presteren kon meebrengen dat beneden het minimumloon werd betaald, alsook dat (iii) handhaving vrijwel onmogelijk bleek doordat de norm onvoldoende concreet, meetbaar en verifieerbaar was.⁶³ Sinds 1 januari 2018 geldt ten aanzien van stukloon dat als arbeidsduur wordt aangemerkt: de daadwerkelijke tijd die de opdrachtnemer heeft besteed aan de uitvoering van de verrichte werkzaamheden (artikel 12 lid 6 WML).⁶⁴ De WML-opdrachtnemer die stukloon ontvangt, heeft sindsdien in beginsel recht op in ieder geval het minimumloon,⁶⁵

60 Sinds 1 januari 2018 vallen onder dit begrip tevens de overuren (het meerwerk) (art. 6 WML).

61 Het is ook mogelijk dat de arbeidsomvang niet is overeengekomen. In dat geval wordt de feitelijke arbeidsduur voor de door de opdrachtnemer verrichte werkzaamheden in aanmerking genomen als grondslag voor de berekening van het minimumloon (art. 12 lid 2 WML).

62 Een voorstel hiertoe is inmiddels ook aangenomen (*Kamerstukken II 2019/20*, 35 335, 2) en treedt in werking met ingang van 1 januari 2024 (*Stb. 2023*, 247).

63 *Kamerstukken II 2012/13*, 33 623, 3, p. 4; *Kamerstukken II 2016/17*, 34 573, 3, p. 2, 4 en 15-17.

64 *Stb. 2017*, 24; *Stb. 2017*, 185; *Kamerstukken II 2016/17*, 34 573, 3, p. 16.

65 De opdrachtgever die alleen de prestatie wil belonen, wordt in deze vrijheid beperkt zodra die beloning onder het wettelijk minimumloon komt. Deze vrijheid bezit de opdrachtgever nog wel in het geval dat het prestatieloon gelijk is aan of meer is dan het wettelijk minimumloon.

ongeacht zijn prestaties.⁶⁶ Volgens de minister is het met deze aanpassing beter mogelijk geworden ook bij stukloonbetalingen effectiever te handhaven op de toepassing van de WML, omdat de opdrachtgever alle gewerkte uren moet registreren en belonen conform de WML.⁶⁷ De ‘WML-resultaatsverbintenis-opdrachtnemer’ geniet hierdoor een zekere inkomensbescherming, nu binnen de kaders en geest van de WML moet worden gehandeld. Het lijkt vanzelfsprekend dat bij stukloon eveneens de bescherming van het minimumloon moet gelden, maar de weerbarstige praktijk brengt op dit gebied uitdagingen mee. Ik werk één aspect uit.⁶⁸ Zo is een logische consequentie van het feit dat de daadwerkelijke tijd sinds 1 januari 2018 bepalend is, een registratieplicht voor de opdrachtgever waaruit blijkt hoeveel uren de WML-opdrachtnemer werkzaamheden heeft verricht (artikel 18b lid 2 aanhef en sub c WML).⁶⁹ Volgens de wetgever is een deugdelijke registratie nu ook al verplicht op grond van de Arbeidstijdenwet.⁷⁰ Dit is correct ten aanzien van de relatie werkgever-werknemer, maar het lijkt erop dat de wetgever geen rekening heeft gehouden met de verhouding tussen de opdrachtgever en de WML-opdrachtnemer. De Arbeidstijdenwet is op de laatstgenoemde verhouding namelijk niet van toepassing. De (voornaamste) kritiek die op de Wmz is geuit (zie paragraaf 2.3.2.1), doet zich in wezen ook hier voor: het registreren van de daadwerkelijke arbeidstijd zal doorgaans tot een toename van de administratieve lasten van beide partijen leiden. Daarbij is van cruciaal belang dat de tijdspanne die wordt berekend ook realistisch is, want anders kan het alsnog voorkomen dat slechts op papier wordt voldaan aan het minimumloon.

Ik stel vast dat door de uitbreiding van de werkingssfeer van de WML, de opdrachtnemer aan de onderkant – in ieder geval ‘op papier’ – beter wordt beschermd. Desalniettemin heb ik geconstateerd dat de toepasselijkheid van de WML op de relatie opdrachtgever-opdrachtnemer nog altijd gepaard gaat met verschillende onduidelijkheden en complexiteiten. Zo is het vaak allerm minst eenvoudig om erachter te komen of sprake is van een WML-opdrachtnemer en kent elke beloningsvorm zijn eigen hindernissen. Bovendien is het lastig aan te geven hoe effectief de aanpassing van de reikwijdte van de WML daadwerkelijk is, aangezien deze aanpassing nog niet heeft geleid tot gepubliceerde jurisprudentie en hieruit dus geen algemene standpunten kunnen worden gedistilleerd.⁷¹ Ook een (openbare) rapportage van de Nederlandse Arbeidsinspectie ontbreekt in dit

66 Bij ministeriële regeling kunnen specifieke werkzaamheden in een bepaalde bedrijfstak worden uitgezonderd van de stukloonregeling ex art. 12 lid 6 WML met de toepasselijkheid van de oude productienorm als gevolg (art. 12a en 12b WML), waar gebruik van is gemaakt voor de bedrijfstakken dagbladbezorging (*Stcrt.* 2017, 73829) en folderbezorging (*Stcrt.* 2019, 69991). De reden van deze ‘escape’ is dat het in bepaalde situaties onmogelijk is om de arbeidstijd te registreren. Dit kan zich voordoen als de opdrachtnemer een zekere mate van vrijheid heeft om zelf de werkzaamheden in te richten én de opdrachtgever tegelijkertijd geen of moeilijk toezicht kan houden op de uitvoering van deze werkzaamheden (*Kamerstukken II* 2016/17, 34 573, 11, p. 3-4). Zie kritisch over deze escape Van Drongelen, *ArbeidsRecht* 2017/46.

67 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 573, 3, p. 20.

68 Zie voor andere aspecten Van Drongelen, *ArbeidsRecht* 2017/38; Vermeulen, *TAP* 2017/301.

69 Los van stukloon kan dit tevens nodig zijn om te bekijken of bij overuren (meerwerk) de (onder) grens van het minimumloon wordt behaald. Dit is m.n. relevant als het tarief gelijk aan of net iets boven het minimumloon zit.

70 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 573, 3, p. 20 en 29; *Kamerstukken II* 2016/17, 34 573, 4, p. 6. Hierbij wordt specifiek bedoeld op art. 4:3 Atw.

71 Vgl. Zekić 2021/4.3.

verband vooralsnog. Mijn vermoeden is echter dat deze verandering er niet toe heeft geleid dat opdrachtgevers anders zijn gaan handelen en de WML uit zichzelf (juist) zijn gaan toepassen; veel opdrachtgevers gaan er denk ik – wellicht onterecht – van uit dat de WML niet van toepassing is op de rechtsverhouding met opdrachtnemers, omdat zij menen dat de opdrachtnemers kwalificeren als ondernemers in fiscale zin.⁷² Zij zullen dan ook geen ureninschatting maken van het aantal aan een opdracht te besteden uren of een overzicht hiervan opvragen bij de opdrachtnemer, waardoor de opdrachtgever ook niet weet of hij het minimumloon heeft betaald. Mocht mijn aanname juist zijn, dan moet een effectiviteitsslag op een andere manier worden bereikt, bijvoorbeeld door het versterken van het individueel afdwingen van het minimumloon door de opdrachtnemer, via voorlichting of via de Nederlandse Arbeidsinspectie, het bevoegde handhavingsoorgaan op dit gebied. Vanwege de gekozen invalshoek ga ik alleen dieper in op het claimen van een bepaald recht door de opdrachtnemer zelf en de eventuele beperkingen die in dit kader kunnen spelen (zie paragraaf 2.4). Wat daar wordt besproken, geldt *mutatis mutandis* voor het afdwingen van het minimumloon.

2.3.2 Enkele (wetsgevings)voorstellen en instrumenten ten aanzien van een minimumtarief

Door de jaren heen zijn in het kader van een minimumtarief voor alle of een grotere groep opdrachtnemers verschillende voorstellen gedaan of onderzocht. Het schiet het doel van dit onderzoek voorbij al deze initiatieven uit te werken. Ik beperk mij tot twee voorstellen (Wmz en SER-MLT-advies) en twee instrumenten (standaardregeling en cao).⁷³ De keuze om deze voorstellen en instrumenten te bespreken, zal ik hierna toelichten.

Het eerste voorstel betreft het conceptwetsvoorstel Wet minimumbeloning zelfstandigen (Wmz) uit 2019. De Wmz, waarin werd voorgesteld de opdrachtnemer een minimumtarief van € 16 per uur te geven, is uiteindelijk niet verder uitgewerkt. Toch is dit voorstel het bespreken waard, omdat hieruit lessen kunnen worden getrokken voor eventuele toekomstige wetgeving (sinitiatieven). Bovendien is de Wmz exemplarisch voor de complexiteit van het maken van regelgeving voor opdrachtnemers op dit gebied en misschien zelfs wel in bredere zin. Om voorgaande redenen bespreek ik het conceptwetsvoorstel niet op detailniveau,⁷⁴ maar slechts de hoofdlijnen van het voorstel en de redenen waarom het nooit tot een indiening is gekomen (paragraaf 2.3.2.1).⁷⁵

72 Het is overigens ook denkbaar dat opdrachtgevers niet op de hoogte zijn van de (vernieuwde) reikwijdte van de WML, waarmee ik doel op het sinds 1 januari 2018 aangepaste art. 2 lid 2 aanhef en sub b WML (*Stb.* 2017, 359).

73 Een voorbeeld van een initiatief dat niet ter sprake komt, is de rechtspositie van een deel van de opdrachtnemers te versterken door de Waadi van toepassing te verklaren (*Kamerstukken II* 2019/20, 31 311, 235, p. 17). Na onderzoek bleek dat een dergelijke oplossing niet voor de hand lag (*Kamerstukken II* 2020/21, 29 544, 1028, p. 16).

74 Dit, in combinatie met de invalshoek van deze studie, heeft o.a. tot gevolg dat ik het onderscheid dat de Wmz maakt tussen de particuliere en niet-particuliere opdrachtgever, buiten beschouwing laat.

75 Zie voor mijn uitgebreide en kritische reactie op dit conceptwetsvoorstel Van der Neut 2019.

Het tweede voorstel is een rechtsvermoeden van werknemerschap bij een tariefgrens, wat de SER in 2021 heeft aanbevolen en waar de politiek vervolgens mee aan de slag is gegaan. Hoewel dit rechtsvermoeden verband houdt met de kwalificatieproblematiek en dit onderwerp buiten het bestek van dit onderzoek valt (zie paragraaf 1.2.3 en 1.2.4), kan deze tariefgrens ook buiten die problematiek relevant zijn, namelijk door het tarief van de opdrachtnemer mogelijk te doen stijgen (paragraaf 2.3.2.2).

De twee instrumenten waarin een (hoger) minimumtarief voor opdrachtnemers kan worden geregeld en waar ik aandacht aan zal besteden, zijn de standaardregeling als bedoeld in artikel 6:214 BW (paragraaf 2.3.2.3) en de cao (paragraaf 2.3.2.4). Beide instrumenten zijn een vorm van gedelegeerde wetgeving en hebben een breder bereik dan alleen het thema loon, maar ik behandel ze bij dit thema vanwege de status quo waarin de uitbreiding van het minimumloon naar een grotere groep opdrachtnemers zich momenteel bevindt. Ik rond paragraaf 2.3.2 af met een onderlinge analyse van de besproken voorstellen en instrumenten (paragraaf 2.3.2.5).

2.3.2.1 *Wet minimumbeloning zelfstandigen*

Het conceptwetsvoorstel Wmz was onderdeel van een breder pakket aan maatregelen met betrekking tot opdrachtnemers. Het voorstel lag in het verlengde van onder andere de groei van deze groep en hun kwetsbare positie.⁷⁶ De Wmz kwam specifiek voort uit het stijgende aantal opdrachtnemers dat in armoede leefde.⁷⁷ De belangrijkste oorzaak van (het risico op) armoede is een laag tarief.⁷⁸ Naast het stijgende aantal opdrachtnemers dat in armoede leefde, lag als ratio aan de Wmz ten grondslag dat opdrachtnemers ongewenst concurreren op beloning met zowel elkaar als met werknemers, waardoor ook de arbeidsvoorwaarden van werknemers onder druk kwamen te staan.⁷⁹ Waar de regering met de aanpassing van de WML in 2018 het nog rechtvaardig achtte een uitzondering op te nemen voor de zelfstandig beroeps- of bedrijfsmatig handelende opdrachtnemer (zie paragraaf 2.3.1), woog de regering dit bij het conceptwetsvoorstel Wmz dus anders. Ten eerste beschouwde de regering het minimumtarief passender voor alle opdrachtnemers, omdat destijds geen rekening is gehouden met indirecte uren en kosten, evenals met aanvullende verzekeringskosten. Ten tweede kwam het steeds vaker voor dat ook de opdrachtnemer die in de uitoefening van bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van beroep handelde, zich in een afhankelijke positie bevond en niet in een bestaansminimum kon voorzien.⁸⁰

76 *Kamerstukken II* 2018/19, 31 311, 207, p. 1-2; *Kamerstukken II* 2018/19, 31 311, 212, p. 1-2.

77 *Kamerstukken II* 2018/19, 31 311, 219, p. 3; Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 9. Zie voor de armoedecijfers CBS 2019a. Recentere cijfers geven een rooskleuriger beeld, alhoewel de invloed van de coronacrisis nog lastig te peilen is (CBS 2021).

78 CBS 2018; SCP 2018.

79 OESO 2018, p. 11; *Kamerstukken II* 2018/19, 31 311, 219, p. 4; Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 3.

80 Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 15.

Om de opdrachtnemer met een laag uurtarief beter te beschermen tegen armoede, werd een generiek⁸¹ minimumtarief van € 16 per uur voorgesteld voor alle opdrachtnemers.⁸²

Het tarief van € 16 per uur was gebaseerd op het sociaal minimum, wat substantieel lager is dan het WML-niveau.⁸³ Daarmee zou rekening worden gehouden met de contractsvrijheid van partijen, die op deze manier zo weinig mogelijk wordt aangetast.⁸⁴ De hoogte van het tarief was zo gekozen dat de opdrachtnemer die voltijd werkt (40 uren per week, 46 weken per jaar), het bestaansminimum kan verdienen.⁸⁵ Daarbij was rekening gehouden met allerhande componenten, waaronder het gemiddelde percentage declarabele uren (67%), direct aan de opdracht gerelateerde uren, direct aan de opdracht gerelateerde kosten en een opslag van 15% voor indirecte kosten.⁸⁶ In de praktijk zou de Wmz ertoe leiden dat de opdrachtnemer voorafgaand aan elke opdracht een inschatting moet maken van de directe uren en de directe kosten, waarna de opdrachtgever dient na te gaan of (naar inschatting) zal worden voldaan aan het minimumtarief.⁸⁷ De Wmz is nooit verder uitgewerkt, omdat diverse (uitvoerings)toetsen, gesprekken met het veld en de internetconsultatie een aanzienlijk aantal knelpunten aan het licht brachten. In algemene zin kwam naar voren dat de gekozen maatregelen (i) grote administratieve lasten zouden meebrengen, (ii) voor onduidelijkheid zouden zorgen, (iii) geen draagvlak hadden en (iv) voor de uitvoerende instanties niet uitvoerbaar en handhaafbaar zouden zijn.⁸⁸ In de rechtsliteratuur is bovendien in twijfel getrokken of de voorgestelde maatregelen in overeenstemming zijn met het

81 De regering heeft ook de wettelijke introductie van een sectoraal minimumtarief overwogen, maar concludeerde dat zo'n tarief – in tegenstelling tot een generiek minimumtarief – niet beantwoordt aan het doel om armoede onder opdrachtnemers te bestrijden (Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 5-6). Overigens kunnen sectoren er wel zelf voor kiezen een minimumtarief te introduceren, voor zover het mededingingsrecht daar ruimte toe laat. Zie daarover uitgebreider par. 2.3.2.4.

82 *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, 219, p. 2, 4, 6 en 7; *Kamerstukken II 2019/20*, 31 311, 220, p. 11; Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 4, 9, 11, 15 en 51. Voor de toepasselijkheid zou het overigens niet uitmaken of de opdrachtnemer een natuurlijk persoon of een rechtspersoon is, evenals dat de gekozen rechtsvorm en leeftijd geen rol zouden spelen.

83 *Kamerstukken II 2019/20*, 31 311, 220, p. 13. Opvallend is dan ook dat de huidige WML-opdrachtnemer met de Wmz in een slechtere positie zou kunnen worden gebracht. Op basis van de berekening van de Wmz zou het minimumloon uitkomen op € 25,20 per uur, exclusief btw (*Kamerstukken II 2019/20*, 31 311, 220, p. 13). Of de WML-opdrachtnemer er ook daadwerkelijk op achteruit zou zijn gegaan, is afhankelijk van de directe kosten die hij maakt, nu daarmee in de WML – in tegenstelling tot de Wmz – geen rekening wordt gehouden.

84 Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 5.

85 Een hoger tarief dan noodzakelijk voor het bestaansminimum zou (eventueel) niet proportioneel zijn om het doel van de Wmz te bereiken, wat eerder een niet te rechtvaardigen inbreuk op Europese wet- en regelgeving zou kunnen opleveren.

86 *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, 219, p. 6-7; *Kamerstukken II 2019/20*, 31 311, 220, p. 11-12; Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 12-13. Het idee was dat de hoogte van het minimumtarief elk jaar opnieuw zou worden berekend aan de hand van de indexatie van het sociaal minimum.

87 *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, 219, p. 7.

88 *Kamerstukken II 2019/20*, 31 311, 235, p. 2 en 4; *Kamerstukken II 2019/20*, 35 074, T, p. 2.

Europese recht,⁸⁹ in het bijzonder de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU), de vrijheid van diensten (artikel 56 VWEU) en het kartelverbod (artikel 101 VWEU).⁹⁰

Voor de toename van de administratieve lasten voor alle opdrachtgevers en opdrachtnemers, dus ook de 'niet-kwetsbare',⁹¹ zorgde voor onrust.⁹² De juiste vaststelling van het tarief zou namelijk een uitgebreide administratie ten aanzien van uren en kosten van de opdrachtnemer vergen, waarbij de opdrachtgever zich in redelijkheid zou moeten vergewissen dat de opdrachtnemer een tarief per uur verdient dat voldoet aan het minimumtarief. Vanwege de beperkte onderhandelingspositie die de opdrachtnemer tegenover de opdrachtgever kan hebben, zou de verantwoordelijkheid voor het controleren en betalen bij de opdrachtgever komen te liggen. De opdrachtgever zou in dat geval sterk afhankelijk zijn van de door de opdrachtnemer aan te leveren informatie.⁹³ Dit begint bij de offerte: de opdrachtnemer geeft vooraf een (te verwachten) uren- en kostenoverzicht. Op basis van dit overzicht moet de opdrachtgever kunnen nagaan of er (naar inschatting) zal worden voldaan aan het minimumtarief. Wanneer achteraf blijkt dat er meer directe uren en/of directe kosten zijn gemaakt dan vooraf ingeschat en daardoor het minimumtarief niet wordt behaald, is de opdrachtgever verplicht bij te betalen tot het minimumtarief.⁹⁴ De opdrachtnemer zou dus goed moeten bijhouden hoeveel directe uren en directe kosten hij tijdens de uitvoering van de opdracht maakt; hij zou zelfs een boete riskeren zodra hij niet op papier kan aantonen dat hij het minimumtarief in rekening heeft gebracht.⁹⁵ De opdrachtgever zou zich er op zijn beurt zowel vooraf als achteraf van dienen te vergewissen dat deze gegevens aannemelijk zijn. De verantwoordelijkheid van de juistheid van de informatie zou bij de opdrachtgever komen te liggen, omdat hij anders blindelings van de informatie van de opdrachtnemer zou mogen uitgaan en bij onjuiste informatie gevrijwaard zou zijn van de betaling van het minimumtarief, terwijl de opdrachtnemer aan de onderkant zich wellicht gedwongen voelt onjuiste informatie aan te leveren.⁹⁶ Om geen afbreuk te doen aan de doelstelling van het wetsvoorstel, zou de opdrachtgever dus zelf moeten onderzoeken of de aangeleverde informatie klopt en volledig is. Daarbij zou meer van een opdrachtgever worden verwacht die ten behoeve van het uitvoeren van zijn

89 Laagland, *ArA* 2020/3.2; Houweling 2021, p. 807; Houweling, *TAC* 2021/2. Naar verwachting van de minister zou dat (onder voorwaarden) wel het geval zijn (*Kamerstukken II* 2018/19, 31 311, 219, p. 4 e.v.; Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 5 en 24 e.v.).

90 Op zowel de verkeersvrijheden als het kartelverbod bestaan uitzonderingen. Beperkingen van de verkeersvrijheden kunnen in algemene zin worden gerechtvaardigd door redenen van algemeen belang (de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid), op voorwaarde dat de beperking voldoet aan het evenredigheidsbeginsel (subsidiariteit en proportionaliteit). Het bestrijden van armoede kan zo'n reden van algemeen belang zijn. De uitzonderingen op het kartelverbod komen aan de orde in par. 2.3.2.4.

91 In tegenstelling tot de WML zou de toepasselijkheid van het minimumtarief dus niet afhankelijk zijn van de kwalificatie ondernemer in fiscale zin (zie par. 2.3.1).

92 *Kamerstukken II* 2019/20, 31 311, 235, p. 2-3; *Kamerstukken II* 2019/20, 35 074, T, p. 3.

93 *Kamerstukken II* 2018/19, 31 311, 219, p. 7; Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 19.

94 Een deel van het ondernemersrisico zou daarmee van de opdrachtnemer naar de opdrachtgever verschuiven. Vgl. Van Slooten, *Ondernemingsrecht* 2019/132.

95 Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 26 en 31.

96 *Kamerstukken II* 2018/19, 31 311, 219, p. 8; Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 18-19.

eigen bedrijfsactiviteiten een opdrachtnemer inschakelt dan van een opdrachtgever die (sporadisch) andersoortige activiteiten laat uitvoeren.⁹⁷

Afgezien van de vraag of de opdrachtnemer deze gegevens wel wil delen met de opdrachtgever, is het onderscheid tussen directe en indirecte uren en directe en indirecte kosten behoorlijk ingewikkeld.⁹⁸ Dit zal ik verduidelijken door in deze alinea wat gedetailleerder op de conceptregeling in te gaan en daar vervolgens lessen uit te trekken voor eventuele toekomstige wetgeving (sinitiatieven). Met directe uren worden bedoeld de uren die aan de desbetreffende opdracht worden besteed, waaronder de voorbereidingstijd, de arbeidstijd die wordt besteed aan de opdracht zelf en de tijd die wordt besteed aan vervoer in het kader van de opdracht, tenzij het gaat om vervoer van en naar de vaste woon- of verblijfplaats of vervoer tussen bestemmingen van verschillende opdrachten.⁹⁹ Bij indirecte uren moet in ieder geval worden gedacht aan de tijd die is besteed aan acquisitie, representatie, administratie, scholing, studie en vakliteratuur.¹⁰⁰ Onder directe kosten worden verstaan de kosten die direct aan de opdracht zijn toe te rekenen. Voorbeelden daarvan zijn de kosten voor de voorbereiding, de kosten voor de feitelijke uitvoering van de opdracht, de kosten voor vervoer in het kader van de opdracht, tenzij de kosten zijn gemaakt voor vervoer van en naar de vaste woon- of verblijfplaats of tussen bestemmingen van verschillende opdrachten en de kosten voor bedrijfsmiddelen, tenzij die voor meerdere opdrachten worden of zullen worden gebruikt.¹⁰¹ Deze kosten moeten boven op het minimumtarief in rekening worden gebracht, aangezien anders het risico bestaat dat de opdrachtnemer deze kosten voor eigen rekening neemt en de beloning daardoor alsnog onder het sociaal minimum komt. Oftewel: om te kunnen berekenen of aan het minimumtarief wordt voldaan, moeten de direct aan de opdracht toe te rekenen kosten in mindering worden gebracht op de totale beloning en de uitkomst daarvan worden gedeeld door het aantal direct aan de opdracht toe te rekenen uren. Bij indirecte kosten gaat het om de kosten die niet direct aan de opdracht kunnen worden toebedeeld, bijvoorbeeld de kosten voor acquisitie, representatie, administratie, scholing, studie, vakliteratuur en bedrijfsmiddelen die voor meerdere opdrachten worden of zullen worden gebruikt.¹⁰² Partijen zouden steeds

97 Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 20.

98 Dit uitte zich ook in complexe bepalingen. Zie bijv. art. 7 lid 8 Wmz (concept): "Indien tegelijkertijd direct aan de opdracht toe te rekenen kosten worden gemaakt voor of direct aan de opdracht toe te rekenen tijd wordt besteed aan meerdere opdrachten, worden die kosten of wordt die tijd evenredig verdeeld over het aantal bestaande en te verwachten opdrachtgevers waarvoor die kosten worden gemaakt of waaraan die tijd wordt besteed, waarbij gekozen kan worden voor een andere verdeling dan een evenredige verdeling over het aantal opdrachtgevers indien dit voortvloeit uit het feitelijke beslag op kosten of tijd voor de verschillende opdrachtgevers."

99 Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 13-14; art. 7 lid 6 Wmz (concept). Dit begrip wijkt af van de huidige urentelling bij stukloonbetaling, waar wordt uitgegaan van de tijd die *daadwerkelijk* aan de *uitvoering* van de verrichte werkzaamheden is besteed (art. 12 lid 6 WML) (zie par. 2.3.1).

100 Dit volgt uit art. 7 lid 7 Wmz (concept).

101 O.a. deze kosten worden genoemd in art. 7 lid 2 Wmz (concept).

102 *Kamerstukken II* 2019/20, 31 311, 220, p. 12; Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 13; art. 7 lid 5 Wmz (concept).

moeten nagaan én registreren of bepaalde uren of kosten direct of indirect zijn, wat nogal een duizelingwekkende exercitie lijkt.¹⁰³

Tot min of meer dezelfde conclusie kwam de minister, volgens wie het niet mogelijk is gebleken eenvoudig toepasbare regels te bedenken.¹⁰⁴ Daar kunnen verschillende oorzaken voor worden aangewezen. Zo zouden de voorgestelde maatregelen gaan gelden voor een grote verscheidenheid aan opdrachten. Tegelijkertijd moest worden voorkomen dat de opdrachtnemer uiteindelijk alsnog een tarief ontvangt dat, gelet op zowel de (directe) uren als de (directe) kosten, onder het sociaal minimum komt. Om die reden wilde het kabinet het afdwingen van een minimumtarief niet aan de (kwetsbare) opdrachtnemers zelf overlaten.¹⁰⁵ Om handhaving mogelijk te maken, werd de zojuist beschreven toename van de administratieve lasten van zowel de opdrachtgever als de opdrachtnemer noodzakelijk geacht. En daar zit de crux: de praktijk heeft moeite met zowel de lastige antimisbruikbepalingen als de stijging van de administratieve lasten, terwijl het afbreuk zou doen aan de effectiviteit van de voorgestelde maatregelen als een minimumtarief moet worden betaald zonder voorwaarden op te nemen over de gegevens die moeten worden geadministreerd. Zonder deze gegevens kan de opdrachtnemer immers niet nagaan of hij conform het minimumtarief wordt beloond, kan de opdrachtgever niet controleren of hij het minimumtarief betaalt en is effectieve handhaving onmogelijk.¹⁰⁶ Het voorgaande laat zien hoe gecompliceerd het is om regels in het leven te roepen die gerechtvaardigd zijn en effectieve bescherming bieden aan alle opdrachtnemers. Daaruit kunnen in ieder geval twee lessen worden getrokken. Ten eerste ervaart de praktijk het als onwenselijk als vergaande vereisten gelden voor de wijze waarop de facturering moet geschieden en achteraf onzekerheid kan ontstaan over de vraag of het tarief wel of niet is behaald (denk aan de directe uren en directe kosten).¹⁰⁷ Ten tweede moet worden uitgekeken dat de opdrachtnemers die zich niet in een kwetsbare positie bevinden, onnodig worden belast met bepaalde verplichtingen puur ter bescherming van de opdrachtnemers aan de onderkant.¹⁰⁸ Niet alleen bestaat anders het risico dat het uitvoeren van een opdracht voor deze opdrachtnemers nodeloos wordt verzwaaard en misschien onnodig een inbreuk wordt gemaakt op de contractsvrijheid, maar ook dat discussies daarover ontstaan in plaats van dat de aandacht uitgaat naar de groep die echt bij ingrijpen is gebaat: de opdrachtnemer aan de onderkant.

103 Bovendien zou niet alleen onduidelijkheid bestaan over de niet genoemde kosten, maar ook over de kosten die wel zijn ingedeeld in de categorie 'direct' of 'indirect'. Zo is mij niet duidelijk hoe vakliteratuur (genoemd als indirecte uren) zich zou verhouden tot voorbereidingstijd (genoemd als directe uren).

104 *Kamerstukken II 2019/20*, 31 311, 235, p. 3; *Kamerstukken II 2019/20*, 35 074, T, p. 3.

105 *Kamerstukken II 2018/19*, 31 311, 219, p. 7; *Kamerstukken II 2019/20*, 31 311, 235, p. 3-4; *Kamerstukken II 2019/20*, 35 074, T, p. 4.

106 *Kamerstukken II 2019/20*, 31 311, 235, p. 4; *Kamerstukken II 2019/20*, 35 074, T, p. 4. Ook in het rapport van de Commissie Regulering van Werk (commissie-Borstlap) is te lezen dat veel en gedetailleerde informatie beschikbaar moet zijn om daadwerkelijk vast te kunnen stellen hoe het tarief is opgebouwd en of het minimumtarief wordt gehaald (Commissie Regulering van Werk 2020, p. 72).

107 Ook de regering is tot dit inzicht gekomen (*Kamerstukken II 2021/22*, 31 311, 246, p. 19-20).

108 Dat geldt uiteraard ook voor de opdrachtgevers van deze opdrachtnemers.

2.3.2.2 Het tarief als grens

In juni 2021 bracht de SER het middellangetermijnadvies uit ten behoeve van de kabinetsperiode 2021-2025. Hierin beval de SER aan een weerlegbaar rechtsvermoeden van werknemerschap in te voeren bij een tarief onder het maximumdagloon (€ 30 à 35 per uur).¹⁰⁹ De regering heeft de gedachte van de koppeling tussen zo'n rechtsvermoeden en een tariefgrens overgenomen in de plannen omtrent het werken met en als zelfstandige(n).¹¹⁰ Het idee is dat, als de opdrachtnemer aannemelijk maakt dat hij minder dan de (nog nader vast te stellen) tariefgrens verdient en vervolgens stelt dat hij in feite werknemer is,¹¹¹ het rechtsvermoeden dan zou meebrengen dat in beginsel sprake is van werknemerschap (en alle bijbehorende bescherming).¹¹² Het is dan aan de opdrachtgever om te bewijzen dat niet wordt voldaan aan alle definitie-elementen van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:610 lid 1 BW).¹¹³ De gedachte achter de koppeling tussen het rechtsvermoeden en de tariefgrens is dat de opdrachtnemers met beperkte onderhandelingsmacht, wat vaak resulteert in een laag tarief, via zo'n rechtsvermoeden een (procedurele) steun in de rug krijgen. Die (procedurele) ondersteuning is nodig, omdat deze opdrachtnemers (economisch) kwetsbaar zijn en het opeisen van rechten ingewikkeld is, gezien de relatieve machtsongelijkheid ten opzichte van de opdrachtgever.¹¹⁴ De kwalificatieproblematiek, waar het rechtsvermoeden feitelijk betrekking op heeft, vormt geen onderdeel van deze studie (zie paragraaf 1.2.3 en 1.2.4). Toch laat ik dit voorstel omtrent de tariefgrens kort de revue passeren, omdat dit voorstel ertoe zou kunnen leiden dat de opdrachtgever ervoor kiest alleen (nog) zaken te doen met opdrachtnemers die minimaal de tariefgrens in rekening brengen.¹¹⁵ Vanuit de opdrachtgever bezien is het praktische voordeel daarvan dat bij een kwalificatiegeschil de opdrachtnemer zou moeten bewijzen dat hij werknemer is in plaats van dat het rechtsvermoeden zijn werking doet en de opdrachtgever de bewijslast draagt dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het voorgaande zou meebrengen dat het tarief van de

¹⁰⁹ Overigens geldt omgekeerd niet dat bij een tarief boven het maximumdagloon een rechtsvermoeden van zelfstandig ondernemerschap geldt.

¹¹⁰ *Kamerstukken II 2021/22*, 29 544, 1112, p. 24-25; *Kamerstukken II 2021/22*, 31 311, 246, p. 17-22.

¹¹¹ Welke tariefgrens uiteindelijk wordt gehanteerd, wordt ten tijde van dit schrijven onderzocht (*Kamerstukken II 2021/22*, 31 311, 246, p. 19).

¹¹² Dit zou een uitbreiding op het huidige art. 7:610a BW vormen. Overigens stipt Houweling aan dat niemand nog heeft uitgelegd waarom een tarief van € 16 per uur (mogelijk) in strijd zou zijn met Europese recht (zie par. 2.3.1.1), maar dat een rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst bij een lager tarief dan € 30 à 35 per uur niet tot dergelijke problemen zou leiden. Overigens lijkt hij dit punt verderop in zijn bijdrage te nuanceren, nu hij schrijft dat het rechtsvermoeden natuurlijk een vermoeden is dat kan worden weerlegd (Houweling, *TAC 2021/2*).

¹¹³ Met definitie-elementen doel ik – kort gezegd – op arbeid, loon en gezag.

¹¹⁴ SER 2021, p. 12; *Kamerstukken II 2021/22*, 29 544, 1112, p. 24-25; *Kamerstukken II 2021/22*, 31 311, 246, p. 19.

¹¹⁵ Impliciet blijkt dit ook uit *Kamerstukken II 2021/22*, 29 544, 1112, p. 24; *Kamerstukken II 2021/22*, 31 311, 246, p. 18, waarin wordt opgemerkt dat er een normerende werking uit kan gaan van de koppeling tussen een rechtsvermoeden en een tariefgrens doordat de bij het rechtsvermoeden gehanteerde criteria in de praktijk doorwerken en partijen hiermee rekening gaan houden bij de totstandkoming van de overeenkomst. Volledigheidshalve merk ik op dat het ook de andere kant op kan werken: het minimumtarief wordt (voor een deel van de opdrachtnemers) ook meteen het maximumtarief.

opdrachtnemer omhoog wordt geduwd als neveneffect van het rechtsvermoeden.¹¹⁶ Van een daadwerkelijk recht van de opdrachtnemer op een bepaald minimumtarief kan niet worden gesproken. Een dergelijk recht kan wel voortkomen uit de twee instrumenten die hierna centraal staan: de standaardregeling en de cao.

2.3.2.3 *De standaardregeling als mogelijkheid voor een minimumtarief (artikel 6:214 BW)*

Met de Wmz is geprobeerd een minimumtarief voor alle opdrachtnemers in te voeren met als hoofdzakelijk doel het armoederisico voor opdrachtnemers te verkleinen.¹¹⁷ Uiteindelijk is dit conceptwetsvoorstel nooit ingediend, omdat het niet mogelijk is gebleken wetgeving in formele zin te ontwerpen met eenvoudig toepasbare regels (zie paragraaf 2.3.2.1).¹¹⁸ De tariefgrens brengt geen minimumtarief mee (zie paragraaf 2.3.2.2). De vraag die daardoor resteert, is of het doel van de Wmz kan worden bereikt via gedelegeerde wetgeving, zoals in een standaardregeling (of cao (zie paragraaf 2.3.2.4)). In een standaardregeling kan worden afgeweken van wettelijke bepalingen die van regelend recht zijn (artikel 6:214 lid 4 BW),¹¹⁹ waaronder de loonbepalingen uit afdeling 7.7.1 BW. Ook kan in een standaardregeling bijvoorbeeld een minimumtarief worden afgesproken voor opdrachtnemers die niet onder de WML vallen (zie paragraaf 2.3.1). Met betrekking tot de WML-opdrachtnemers bestaat deze optie eveneens, mits het tarief hoger ligt dan het door de WML voorgeschreven minimumloon.

Een standaardregeling biedt de mogelijkheid regels van aanvullend recht te maken zonder dat de grondwettelijke wetgevingsprocedure doorlopen hoeft te worden (artikel 6:214 BW). Er is sprake van een wet in materiële zin. Het gevolg hiervan is dat zodra partijen onder de reikwijdte van de regeling vallen, de daaruit voortvloeiende regels in principe van rechtswege van toepassing zijn.¹²⁰ De opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen zodoende onderworpen zijn aan een standaardregeling indien bij algemene maatregel van bestuur is vastgesteld dat binnen de overeenkomst van opdracht voor het beroep dat wordt uitgeoefend of voor de bedrijfstak waartoe het bedrijf behoort, zo'n regeling geldt (artikel 6:214 lid 1 BW). Hiervoor is vereist dat de overeenkomst door minimaal één van

116 Dit zou mogelijk consequenties kunnen hebben voor de effectiviteit van het rechtsvermoeden. Nu dit louter ziet op de kwalificatievraag, ga ik daar verder niet op in.

117 *Kamerstukken II* 2018/19, 31 311, 219, p. 3; Algemeen deel MvT Wmz (concept), p. 9. Zie voor de armoedecijfers CBS 2019a. Recentere cijfers geven een rooskleuriger beeld, alhoewel de invloed van de coronacrisis nog lastig te peilen is (CBS 2021).

118 *Kamerstukken II* 2019/20, 31 311, 235, p. 3; *Kamerstukken II* 2019/20, 35 074, T, p. 3.

119 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 853 en 862. Een standaardregeling kan afwijken van dwingend-rechtelijke wetgeving indien dit expliciet in de wet is opgenomen (zie bijv. art. 7:242 lid 1 en art. 7:755 BW omtrent huur resp. aanneming van werk), waardoor (de afvaardiging van) de belanghebbenden van dwingend recht kunnen afwijken zodra dat als te knellend wordt ervaren en wat tevens gelijkenissen vertoont met wat in het arbeidsrecht driekwart-dwingend recht wordt genoemd (afwijken is alleen bij cao mogelijk). T.a.v. de verhouding opdrachtgever-opdrachtnemer kent de wet geen dergelijke bepaling.

120 De standaardregeling bevat algemeen verbindende voorschriften. Zie ook Van Ommeren, *NJB* 1990/19; Van Wassenaer 1993, p. 74. Zie anders Tak, *NJB* 1990/19, die de bepalingen uit een standaardregeling als beleidsregels aanmerkt.

de partijen in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is gesloten, waar in dit onderzoek van uit wordt gegaan (zie paragraaf 1.2).

De standaardregeling kent een eigen totstandkomingsprocedure: kort gezegd wordt zo'n regeling vastgesteld, gewijzigd en ingetrokken door een daartoe door de minister van Justitie en Veiligheid te benoemen commissie (artikel 6:214 lid 2 BW) en gepubliceerd in de *Staatscourant* (artikel 6:214 lid 3 BW). De samenstelling van de commissie bestaat voor ten minste twee derde uit leden die zijn voorgedragen door aangewezen representatieve organisaties in de desbetreffende bedrijfstak of beroepsgroep,¹²¹ oftewel: belanghebbenden (artikel 1 Wet commissies standaardregelingen).¹²² Hierin komt het (oorspronkelijke) doel van de standaardregeling tot uiting: een verbetering van de kwaliteit van contractuele regelingen, waarmee tevens impliciet de zwakkere partij wordt beschermd tegen de door de sterkere partij gehanteerde (algemene) voorwaarden.¹²³

De standaardregeling is om drie redenen mogelijk een interessant instrument ten aanzien van het loon van de opdrachtnemer aan de onderkant. Ten eerste is met de standaardregeling een wettelijk instrument in het leven geroepen om (sociaal-economische of maatschappelijke) misstanden snel te (kunnen) corrigeren.¹²⁴ Op deze manier zou beter kunnen worden ingespeeld op de veranderende belangen en behoeften van de opdrachtgever en opdrachtnemer. Zonder het gehele wetgevingstraject te moeten doorlopen, kan een standaardregeling immers meer zekerheid en bescherming op feitelijke punten bieden waar algemene gelding van belang is, zoals de hoogte van het loon van de opdrachtnemer. Ten tweede is de gedachte dat, doordat een afvaardiging van belanghebbenden onderdeel uitmaakt van de commissie, de bepalingen uit de standaardregeling vermoedelijk goed aansluiten bij de belangen en behoeften van de opdrachtgever en opdrachtnemer. Anders gezegd: er kan maatwerk worden geleverd. Het gevaar dat bepaalde bepalingen niet in overeenstemming zijn met de wensen uit de praktijk en leidt tot onvoldoende draagvlak, zoals bij de Wmz werd veroorzaakt door de administratieverplichtingen (zie

121 Dit roept de vraag op wanneer een organisatie als representatief moet worden aangemerkt. Het ligt voor de hand te putten uit de ervaringen die zijn opgedaan in het collectieve arbeidsovereenkomstenrecht in het kader van de arbeidsvoorwaardenvorming, waarin dit vraagstuk eveneens speelt. Zie daarover Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg (MSR nr. 74) 2019*, p. 43 e.v. Het voorgaande neemt niet weg dat deze vraag t.a.v. de opdrachtnemer voor nog meer uitdagingen zorgt dan het geval is m.b.t. de werknemer, gezien het brede palet aan opdrachtnemers.

122 Met belanghebbenden wordt bedoeld dat de leden zijn voorgedragen door een aangewezen representatieve organisatie (a) van hen die een bedrijf of beroep uitoefenen waarop de standaardregeling betrekking heeft of (b) van hen die bij de overeenkomsten waarop de standaardregeling betrekking heeft, als hun wederpartij plegen op te treden.

123 Van Heijningen, *WPNR 1985/5741*; Hondius 1993, p. 13. Impliciet valt dit ook af te leiden uit *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 843.

124 *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 840; Hondius 1978, p. 649; De Koning, *NJB 2017/967*; De Laat, *TRA 2017/69*. Het grote verschil van de standaardregeling t.o.v. een formele wet is vooral de afwezigheid van een parlementaire behandeling. Zie anders Loos, die stelt dat verschillende besluiten moeten worden genomen voordat de standaardregeling kan worden vastgesteld, gewijzigd of ingetrokken (Loos 1996, p. 84-85).

paragraaf 2.3.2.1), ligt minder voor de hand.¹²⁵ Een standaardregeling kan namelijk alleen tot stand komen als een meerderheid van de afvaardiging van de belanghebbenden instemt.¹²⁶ Ten derde is een standaardregeling minder snel in strijd is met het Europese recht dan generieke wetgeving, zoals de Wmz (zie paragraaf 2.3.2.1), omdat deze regeling specifiek ziet op een bedrijfstak of beroepsgroep en daarmee eerder voldoet aan het criterium 'geschikt' en 'noodzakelijk'.¹²⁷

Hoe veelbelovend het voorgaande ook moge klinken, tot op heden is van de mogelijkheid die artikel 6:214 BW biedt, nog nooit gebruikgemaakt.¹²⁸ Wel is deze mogelijkheid een aantal maal aan bod gekomen, maar ook niet meer dan dat.¹²⁹ Dat hangt wellicht samen met de nadelen die aan de standaardregeling kleven. Ik noem er twee.¹³⁰ In de eerste plaats moet sprake zijn van representatieve organisaties in de desbetreffende bedrijfstak of beroepsgroep. Zeker de groepen opdrachtgevers en opdrachtnemers laten zich soms moeilijk identificeren. Bovendien – en haast inherent aan afbakeningsvraagstukken – is het afbakenen van een bedrijfstak of beroepsgroep geen gemakkelijke opgave. Dat wordt in dit geval mede ingegeven door de al enkele tijd gaande branchevervaging.¹³¹ Illustratief in dit kader is de Picnic-zaak, die wel online boodschappen aanbiedt, maar waarvan niet alle vennootschappen onder de cao voor het levensmiddelenbedrijf vallen, omdat de werkingssfeer van deze cao is beperkt tot de vennootschappen die één of meer online

125 De partijen waar de regeling in beginsel voor gaat gelden, hebben zelf in ieder geval (via een afvaardiging) inspraak. Hiermee wordt min of meer tegemoetgekomen aan een veelvoorkomend kritiekpunt, namelijk het ontbreken van vertegenwoordiging m.b.t. de opdrachtgever en – met name – de opdrachtnemer. Zie bijv. Verburg, die erop wijst dat de belangen van de opdrachtnemer (zpp'er) in instituties zoals de STAR en SER, niet of nauwelijks zijn vertegenwoordigd (Verburg, *RMThemis* 2022/2).

126 Het algemeen belang en het belang van derden wordt op een andere manier beschermd, namelijk doordat een standaardregeling pas van kracht wordt nadat deze is goedgekeurd door de regering, waarbij de betrokken ministers politiek verantwoordelijk zijn (Loos 1996, p. 85).

127 Vgl. De Laat, *TRA* 2017/69; Pennings 2019, p. 231. Van den Born, Van Damme en Van Witteloostejn constateren dit in het kader van Europese mededingingsregels en wijzen als voorbeeld naar de creatieve sector, meer specifiek naar de Wet op de vaste boekenprijs. Hieruit concluderen zij dat Europese regelgeving blijkbaar voldoende ruimte biedt om gericht enkele specifieke groepen opdrachtnemers (zpp'ers) uit te zonderen. Zie Van den Born, Van Damme & Van Witteloostejn 2017, p. 20. T.a.v. de verkeersvrijheden wordt door het specifieke karakter eerder voldaan aan het evenredigheidsbeginsel.

128 De standaardregeling is daarom wel betiteld als 'dode letter' (zie bijv. Loos 1996, p. 84; De Vries, *De overeenkomst in het algemeen* (Mon. BW nr. B54) 2016/1.28; Hijma 2022/258) en 'muurbloempje' (zie bijv. *Kamerstukken I* 2005/06, 31-1446, p. 1454). Het voorgaande neemt niet weg dat in het privaatrecht zelfregulering een wijdverbreid fenomeen is (geworden) (Menting & Vranken 2014, p. 8; De Vries, *De overeenkomst in het algemeen* (Mon. BW nr. B54) 2016/1.28).

129 Zo is hier wel op gewezen t.a.v. kinderopvang (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 447, 7, p. 3). Een recenter voorbeeld is de franchisecode, waarin de standaardregeling als mogelijkheid is gesuggereerd, maar het uiteindelijk niet heeft gehaald (zie uitgebreider De Koning, *NJB* 2017/967; Schelhaas & Spanjaard, *Contracteren* 2017/3.6).

130 Dit betreft geen limitatieve opsomming. Zo ga ik niet in op de vraag of een standaardregeling wel voldoet aan het vereiste van democratische legitimatie. Zie daarover Loos 1996, p. 85-86, die concludeert dat op indirecte wijze wordt voldaan aan dit vereiste. De Koning is genuanceerder (zie *NJB* 2017/967).

131 Hondius 1978, p. 649-650; Van Heijningen, *WPNR* 1985/5741; Stutterheim, *MAB* 1991/65(12); Hondius 1993, p. 17-18; Van Wassenaer 1993, p. 61 e.v.; Loos 1996, p. 90.

supermarkten exploiteren.¹³² In de tweede plaats kunnen de regels van de standaardregeling geen dwingend recht bevatten (artikel 6:214 lid 5 BW). De opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen zodoende contractueel afwijken van een standaardregeling, waardoor het evenwicht dat bij de totstandkoming van de standaardregeling wordt nagestreefd, verloren kan gaan.¹³³ Zeker voor de opdrachtnemer aan de onderkant ligt het gevaar van afwijkende afspraken in zijn nadeel op de loer, gezien zijn economisch afhankelijke positie.¹³⁴

Als ik de balans opmaak, stel ik vast dat met een standaardregeling praktisch hetzelfde resultaat kan worden bereikt als met wetgeving in formele zin die regelend van aard is. Daar komt bij dat wijzigingen ook nog eens sneller kunnen worden doorgevoerd. Weliswaar kan zo'n regeling alleen zien op een bepaalde bedrijfstak of beroepsgroep en zijn contractuele afwijkingen nog steeds denkbaar,¹³⁵ maar hierdoor is het wel mogelijk dat partijen uit het veld tot regels komen die aansluiten bij de gang van zaken in de desbetreffende bedrijfstak of beroepsgroep. Bovendien blijft maatwerk mogelijk voor de (uitzonderings)gevallen waarin één of meerdere bepalingen uit de standaardregeling toch niet passend blijken.¹³⁶ Mede gezien de patstelling waarin het verzekeren van het bestaansminimum ten aanzien van een grotere groep opdrachtnemers zich momenteel bevindt (zie paragraaf 2.3.2.1), is de standaardregeling een mogelijkheid die in deze context meer aandacht verdient.¹³⁷ Vanwege de recente verschuivingen binnen de Europese kaders staat collectief onderhandelen voor een grotere groep opdrachtnemers open, waardoor in deze sfeer ook kan worden gedacht aan het sluiten van een cao, welk instrument ik hierna zal behandelen.

132 Rb. Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8968.

133 Dit nadeel wordt wel gerelativeerd. Zo zal de behoefte van partijen om van de standaardregeling af te wijken, veelal ontbreken, aangezien een standaardregeling vaak een directe reactie op een concrete misstand uit een bepaalde bedrijfstak of beroepsgroep is en veel draagvlak heeft (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 839; De Koning, *NJB* 2017/967; *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/513). Of dit ook geldt t.a.v. een minimumtarief, vraag ik mij af. Daarnaast kan als relativering worden gezien dat de afwijking van een standaardregeling kan worden voorbehouden aan een bepaalde vorm (art. 6:214 lid 5 BW) op straffe van nietigheid (art. 3:39 BW), zoals een schriftelijkheidsvereiste of anders dan bij algemene voorwaarden (zie uitgebreider *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/512).

134 Dit wordt onderschreven door het onderzoek van Bouma en Frouws, waaruit blijkt dat bij de grens van een tarief van (omgerekend) minder dan € 20 per uur, de hoogte van het tarief in belangrijke mate door de opdrachtgever wordt bepaald (Bouma & Frouws 2011, p. 48).

135 Doordat een standaardregeling geldt voor een bewuste bedrijfstak of beroepsgroep, is het niet mogelijk met één standaardregeling alle opdrachtnemers bescherming te bieden. Uiteraard is het wel mogelijk dat verschillende standaardregelingen worden gesloten voor allerhande bedrijfstakken of beroepsgroepen. Dit zou eventueel kunnen leiden tot een samenloop van standaardregelingen. Zie over de onderlinge verhouding tussen verschillende standaardregelingen Van Wassenaer 1993, p. 73-74.

136 Dit is een andere lijn dan in de Wmz is gehanteerd met de vele antimisbruikbepalingen, waarbij de bepalingen uit de Wmz zelfs van bijzonder dwingend recht zouden worden (art. 9 Rome I) (zie par. 2.3.2.1). Met een standaardregeling lijken ontwijkingsmogelijkheden misschien gemakkelijker op de loer te liggen, maar de vele antimisbruikbepalingen uit de Wmz bleken niet haalbaar. Een standaardregeling waarvan mogelijk kan worden afgeweken, is m.i. nog altijd beter dan geen regeling.

137 Opvallend genoeg is De Laat vooralsnog de enige geweest die in de verhouding opdrachtgever-opdrachtnemer een lans heeft proberen te breken voor een standaardregeling (De Laat, *TRA* 2017/69). Ook Pennings benoemt de standaardregeling in deze context, maar trekt de noodzakelijkheid, overzichtelijkheid en rechtszekerheid van zo'n regeling direct in twijfel (Pennings 2019, p. 231).

2.3.2.4 De cao als mogelijkheid voor een minimumtarief

Een minimumtarief voor een groter deel van de opdrachtnemers of een hoger minimumtarief dan het minimumloon uit de WML kan onder omstandigheden worden gerealiseerd via een cao. Over het recht op collectief onderhandelen in relatie tot opdrachtnemers kan gemakkelijk een geheel proefschrift worden geschreven. In deze paragraaf beperk ik mij dan ook uitsluitend tot de wijze waarop dit instrument van belang kan zijn voor de loonafspraken van de opdrachtnemer aan de onderkant, meer specifiek de mogelijkheden die deze opdrachtnemers bezitten om dergelijke afspraken in een cao vast te leggen.¹³⁸

Een cao kan betrekking hebben op de overeenkomst van opdracht (artikel 1 lid 2 Wet Cao) en zien op arbeidsvoorwaarden, zoals inkomen en veiligheid. Cao-bepalingen hebben een standaard- of minimumkarakter, waardoor afwijken niet mogelijk is (standaard) of alleen kan ten voordele van de werkende (minimum). Cao-afspraken voor opdrachtnemers kunnen in strijd zijn met het Europese recht. Hierbij valt te denken aan het kartelverbod (artikel 101 VWEU)¹³⁹ en de verkeersvrijheden, die ik beide hierna verder zal uitwerken.

Het kartelverbod verbiedt in principe dat concurrenten prijsafspraken maken,¹⁴⁰ waaronder ook een afspraak kan vallen die voor de opdrachtnemer leidt tot een (gunstiger) minimumtarief. Het mededingingsrecht kent verschillende uitzonderingen op het kartelverbod. Een van die uitzonderingen is de cao-exceptie: de afspraak moet het resultaat zijn van een collectieve onderhandeling tussen een werkgevers- en werknemersorganisatie (aardverreiste) én dient te leiden tot een rechtstreekse verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van de bij de cao betrokken werknemers (doelvereiste).¹⁴¹ In de rechtsliteratuur bestond – mede naar aanleiding van het *FNV Kiem*-arrest¹⁴² – vooral discussie over de vraag voor welke opdrachtnemers collectieve tariefafspraken konden worden gemaakt.¹⁴³ Uit het *FNV Kiem*-arrest blijkt namelijk dat de werkende die naar

138 Een bespreking van algemene cao-leerstukken blijft zodoende achterwege.

139 Nederland kent op dit gebied art. 6 Mw. Bij de uitleg van deze bepaling moet zo veel mogelijk aansluiting worden gezocht bij de uitleg van art. 101 VWEU (*Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, 3, p. 61; HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5542 (*Eiseres c.s./Coöperatie Voedingstuinbouw Nederland*)).

140 De term 'prijsafspraken' moet in deze zin ruim worden uitgelegd: het rechtstreeks of zijdelings bepalen van aan- of verkoopprijzen kan betrekking hebben op vaste prijzen of minimumprijzen, maar ook op bijv. prijscomponenten en toeslagen (ACM 2023, p. 9, onder verwijzing naar het Europese kartelverbod).

141 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*). Deze uitzondering is ook opgenomen in de wet (art. 16 Mw).

142 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kiem*).

143 Zie o.a. Laagland, *ArA* 2020/3.2; Drijber, *Ondernemingsrecht* 2022/44.

nationaal recht kwalificeert als opdrachtnemer, niet zonder meer ook kwalificeert als onderneming in de zin van het mededingingsrecht.¹⁴⁴

Dit onderwerp houdt ook Europa bezig. In 2022 keurde de Europese Commissie de richtsnoeren goed waarin de mogelijkheden voor zzp'ers, waaronder opdrachtnemers, tot het sluiten van collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden werden verduidelijkt.¹⁴⁵ Deze richtsnoeren brengen een verruiming van deze mogelijkheden mee,¹⁴⁶ namelijk (i) dat bepaalde categorieën collectieve overeenkomsten worden uitgezonderd van het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU en (ii) dat de Europese Commissie niet zal ingrijpen in bepaalde categorieën collectieve overeenkomsten.¹⁴⁷

Door de richtsnoeren vallen drie nieuwe gevallen buiten het kartelverbod (artikel 101 VWEU). Ten eerste zijn dat de afhankelijke opdrachtnemers.¹⁴⁸ Daarvan is in deze context sprake indien de opdrachtnemer over een periode van één of twee jaar¹⁴⁹ gemiddeld ten minste de helft van zijn totale jaarlijkse beroepsinkomen via één opdrachtgever

144 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kiem*). Het Hof overwoog dat 'een dienstverlener 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'. Zie in dit kader ook de leidraad van de ACM, waarin de (on)mogelijkheden voor minimumtarieven voor opdrachtnemers is uiteengezet (ACM 2023, p. 9 e.v.).

145 Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel, *PbEU 2022/C 123/01*.

146 Deze richtsnoeren, evenals de *Leidraad Tariefafspraken zzp'ers* van de ACM, zien uitsluitend op de positie van de opdrachtnemer binnen het mededingingsrecht en staan dus los van o.a. de arbeidsrechtelijke kwalificatievraag.

147 Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel, *PbEU 2022/C 123/01*, punt 10. De ACM heeft deze wijzigingen verwerkt in de *Leidraad Tariefafspraken zzp'ers*. De vernieuwde leidraad van februari 2023 vervangt de vorige versie van juli 2020 (ACM 2023, p. 8).

148 Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel, *PbEU 2022/C 123/01*, punt 24-25; ACM 2023, p. 20. Een interessant aspect hierbij is dat in de richtsnoeren t.a.v. de zij-aan-zij-opdrachtnemers het volgende wordt opgemerkt: "Hetzelfde geldt voor collectieve overeenkomsten die conform de praktijken inzake sociale dialoog zowel van toepassing zijn op werknemers als op zelfstandigen zonder personeel." Deze zin ontbreekt m.b.t. de economisch afhankelijke opdrachtnemers. Kennelijk mogen collectieve afspraken omtrent deze groep opdrachtnemers niet in een reguliere cao worden opgenomen, maar moeten zij zelf een cao sluiten. Dit onderscheid is opvallend, maar misschien voor Nederland niet van heel groot belang, aangezien de ACM een breed zij-aan-zij-criterium hanteert (ACM 2023, p. 20, in het bijzonder voetnoot 33).

149 Ook als de opdrachtnemer korter dan een jaar werkzaamheden voor dezelfde opdrachtgever verricht, kan hij worden aangemerkt als economisch afhankelijk (ACM 2023, p. 20).

verwerft.¹⁵⁰ De ratio van deze uitzondering is dat deze opdrachtnemers doorgaans niet in staat zijn hun marktgedrag onafhankelijk te bepalen en grotendeels afhankelijk zijn van deze opdrachtgever. Ten tweede gaat het om zij-aan-zij-opdrachtnemers, die samen met werknemers dezelfde of vergelijkbare taken uitvoeren.¹⁵¹ Deze opdrachtnemers verrichten de diensten onder leiding van de opdrachtgever en dragen niet de commerciële risico's voor de activiteit van de opdrachtgever, dan wel zijn niet onafhankelijk ten aanzien van de uitvoering van de economische activiteit in kwestie. Verdere invulling van dit begrip wordt aan nationale lidstaten overgelaten. In de leidraad van de ACM zijn enige contouren van dit criterium te vinden.¹⁵² Ten derde valt de opdrachtnemer die werkt via een digitaal arbeidsplatform¹⁵³ niet langer onder het kartelverbod.¹⁵⁴ De reden hiervan is dat deze opdrachtnemers ten aanzien van de digitale platforms waarmee of waarvoor zij werken, in een situatie terecht komen die vergelijkbaar is met die van werknemers.

Behalve dat de zojuist genoemde drie categorieën niet langer onder het kartelverbod vallen (artikel 101 VWEU), onthoudt de Europese Commissie zich in dit kader van handhaving in twee andere situaties, die dus strikt genomen nog wel onder het verbod vallen.¹⁵⁵ Het gaat dan om gevallen waarin opdrachtnemers zich niet in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van werknemers, maar toch in een zwakke onderhandelingspositie tegenover hun opdrachtgevers staan en daardoor niet in staat zijn hun arbeidsvoorwaarden aanzienlijk te beïnvloeden. Deze opdrachtnemers vallen weliswaar binnen het toepassingsgebied van het kartelverbod (artikel 101 VWEU), maar de Europese Commissie zal niet ingrijpen, mits de collectieve overeenkomsten (i) zijn gericht op het corrigeren van een duidelijk onevenwicht qua onderhandelingsmacht tussen opdrachtnemers en hun opdrachtgevers én (ii) vanwege hun aard en doel zijn gericht op de verbetering van de arbeidsomstandigheden.¹⁵⁶

150 Deze definiëring komt nagenoeg overeen met mijn definiëring van het begrip 'economisch afhankelijk' van één opdrachtgever (zie par. 1.2), zij het dat ik spreek over het merendeel van zijn inkomen (meer dan), terwijl het hier gaat om ten minste de helft van zijn inkomen (gelijk aan of meer dan). Een ander verschil is dat de economische afhankelijkheid hier wordt gekoppeld aan een gemiddelde over een bepaalde duur (één of twee jaar), terwijl ik dit niet verbind aan een gemiddelde voor een specifieke duur.

151 Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel, *PbEU 2022/C 123/01*, punt 26-27; ACM 2023, p. 20.

152 ACM 2023, p. 20 en 25-26.

153 Onder de term 'digitaal arbeidsplatform' wordt in dit kader verstaan: elke natuurlijke of rechtspersoon die een commerciële dienst aanbiedt die aan alle volgende vereisten voldoet: i) de dienst wordt, ten minste gedeeltelijk, vanop afstand via elektronische middelen, zoals een website of een mobiele applicatie, verricht; ii) hij wordt verricht op verzoek van een ontvanger van de dienst; en iii) dit omvat, als noodzakelijk en essentieel onderdeel, de organisatie van het werk dat door individuele personen wordt verricht, ongeacht of het werk online of op een bepaalde locatie wordt verricht (Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel, *PbEU 2022/C 123/01*, punt 30).

154 Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel, *PbEU 2022/C 123/01*, punt 28-31; ACM 2023, p. 21-22.

155 De ACM volgt de EC hierin (ACM 2023, p. 23-24).

156 Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel, *PbEU 2022/C 123/01*, punt 32; ACM 2023, p. 23.

Concreet worden twee gevalstypen genoemd. In de eerste plaats betreft het de collectieve overeenkomsten die door opdrachtnemers zijn gesloten met tegenpartijen van een bepaalde economische kracht.¹⁵⁷ Een duidelijke onevenwichtigheid wordt in twee gevallen geacht te bestaan: (a) als opdrachtnemers onderhandelen of collectieve overeenkomsten sluiten met één of meerdere opdrachtgevers die de hele bedrijfstak vertegenwoordigen, en (b) als opdrachtnemers onderhandelen of collectieve overeenkomsten sluiten met opdrachtgevers wier totale jaarlijkse omzet meer dan € 2 miljoen bedraagt of bij wie minstens tien werkzame personen zijn, of met meerdere opdrachtgevers die samen een van deze drempels overschrijden. Type a lijkt ook mee te brengen dat een standaardregeling (artikel 6:214 BW) minder snel in strijd is met het kartelverbod (artikel 101 VWEU) (zie paragraaf 2.3.2.3). In de tweede plaats draait het om opdrachtnemers die via nationaal of Europees recht – met het oog op sociale doelstellingen – de bevoegdheid hebben gekregen collectieve overeenkomsten te sluiten, dan wel expliciet zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van het nationale mededingingsrecht.¹⁵⁸

Naast het kartelverbod kunnen cao-afspraken in strijd met de verkeersvrijheden zijn, in het bijzonder de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) of de vrijheid van diensten (artikel 56 VWEU). Zo werd een bindend minimumtarief voor zelfstandige architecten en ingenieurs gezien als ongeoorloofde inbreuk op de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU), omdat dit tarief als gevolg had dat het voor een ondernemer uit een andere lidstaat minder aantrekkelijk werd zich in die lidstaat te vestigen.¹⁵⁹ Een beperking van het vrij verkeer kan gerechtvaardigd zijn als wordt voldaan aan de zogenoemde *rule of reason*: de regeling is gebaseerd op een legitiem doel en voldoet aan het evenredigheidsbeginsel (subsidiariteit en proportionaliteit). In bewijstechnisch opzicht is het in dit kader voldoende dat expliciet wordt aangetoond dat de tariefstellingen op significante wijze bijdragen aan het legitieme doel; een correlatie of causaal verband tussen die tariefstellingen en het te bereiken legitieme doel hoeft niet te worden bewezen.¹⁶⁰ De bescherming van werknemers wordt doorgaans als legitiem doel beschouwd,¹⁶¹ maar onduidelijk is of dat op dezelfde manier geldt voor opdrachtnemers die in een afhankelijke positie verkeren, zoals de opdrachtnemer aan de onderkant.¹⁶² De mogelijke strijdigheid van prijsafspraken voor opdrachtnemers met de verkeersvrijheden zou haaks staan op de uitbreidingen die zien op het kartelverbod, waarmee meer ruimte wordt geboden collectief te kunnen onderhandelen. Hoewel ik mij realiseer dat de doelstellingen van enerzijds de verkeersvrijheden en anderzijds het kartelverbod verschillend zijn, zou coherent en consistent Europees beleid op dit

157 Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel, *PbEU* 2022/C 123/01, punt 34-35; *ACM* 2023, p. 23.

158 Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel, *PbEU* 2022/C 123/01, punt 36; *ACM* 2023, p. 24.

159 HvJ EU 4 juli 2019, C-377/17, ECLI:EU:C:2019:562 (*EC/Duitsland*); HvJ EU 6 februari 2020, C-137/18, ECLI:EU:C:2020:84 (*Hapeg Dresden/Bayrische Straße*); HvJ EU 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33 (*Thelen Technopark Berlin/MN*).

160 HvJ EU 4 juli 2019, C-377/17, ECLI:EU:C:2019:562 (*EC/Duitsland*).

161 HvJ EU 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval un Partneri/Svenska*).

162 Grosheide, *JAR* 2022/55.

gebied niet misstaan, zeker met het oog op de economische en juridische positie van de opdrachtnemer aan de onderkant.¹⁶³

2.3.2.5 Onderlinge analyse van de voorstellen en mogelijkheden

De opdrachtnemer valt onder de WML als hij de overeenkomst van opdracht 'buiten de uitoefening van bedrijf of buiten de zelfstandige uitoefening van beroep' is aangegaan (artikel 2 lid 2 aanhef en sub b WML) (zie paragraaf 2.3.1). Vanwege het stijgende aantal opdrachtnemers dat in armoede leefde en de ongewenste concurrentie op beloning tussen zowel opdrachtnemers onderling als tussen opdrachtnemers en werknemers, was de regering met de Wmz voornemens een minimumtarief voor alle opdrachtnemers te introduceren (zie paragraaf 2.3.2.1). Deze wetgeving in formele zin stuitte op grote administratieve lasten, onduidelijkheid, geen draagvlak, onuitvoerbaar en niet handhaafbaar. Om die reden is de Wmz uiteindelijk nooit ingediend en is een minimumtarief voor opdrachtnemers niet ingevoerd. Ook de tariefgrens omtrent het rechtsvermoeden van werknemerschap biedt de opdrachtnemer aan de onderkant niet de zekerheid van een minimumtarief (zie paragraaf 2.3.2.2), nog afgezien van de vraag of het implementeren van zo'n tariefgrens (praktisch en juridisch) wel realiseerbaar is, nu de hoogte van het tarief – net als bij de Wmz – een cruciale rol inneemt.¹⁶⁴

Om voorgaande redenen heb ik mijn blik verbreed tot gedelegeerde wetgeving en bekeken of de standaardregeling (artikel 6:214 BW) of cao een (hoger) minimumtarief voor de

163 Zie over de verkeersvrijheden en (mogelijkheden tot het overeenkomen van) tariefafspraken voor opdrachtnemers uitgebreider Laagland, *ArA* 2020/3; Grosheide, *JAR* 2022/55.

164 De regering lijkt zich hier wel van bewust. Zij kiest er namelijk niet voor in wetgeving op te nemen welke elementen moeten worden meegenomen bij de vaststelling van het tarief, maar gaat uit van het overeengekomen bruto tarief en laat een verdere invulling over aan de civiele rechtsgang (*Kamerstukken II* 2021/22, 31 311, 246, p. 20-21). Mocht zo'n tariefgrens overigens praktisch en juridisch haalbaar blijken, dan kan de koppeling tussen een bepaald recht (zoals in dit geval het rechtsvermoeden) en een tariefgrens ter inspiratie dienen voor eventuele (wettelijke of rechterlijke) afbakeningen. Zo kan een bepaalde (administratie)verplichting worden ingevoerd die alleen geldt voor de relatie tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer die onder de tariefgrens zit en dus niet – in tegenstelling tot de Wmz – voor alle opdrachtnemers, inclusief de opdrachtnemers die evident (ruim) boven de tariefgrens verdienen. Een soortgelijke figuur kent de Arbeidstijdenwet, die niet van toepassing is op werknemers die op jaarlijkse basis ten minste drie keer het minimumloon verdienen (art. 2:1:1 Arbeidstijdenbesluit). Ook kan een tariefgrens mogelijk interessant zijn in de zoektocht naar een juiste balans tussen bescherming en contractsvrijheid. Ik denk dan aan een eventuele toekomstige wetswijziging die als doel heeft (een deel van de) opdrachtnemers te beschermen, waarbij wettelijk wordt bepaald dat contractuele afwijkingen ten nadele van de opdrachtnemer alleen mogelijk zijn indien de opdrachtnemer ten minste een bepaald tarief verdient. Met een dergelijke vorm van semi-dwingend recht zou worden voorkomen dat de bescherming van de opdrachtnemer die beperkte onderhandelingsmacht heeft – wat meestal uitmondt in een laag tarief en daarom wordt gekoppeld aan een tariefgrens – kan worden 'weggecontracteerd' door de (verondersteld sterkere) opdrachtgever. Ik ben mij ervan bewust dat hierdoor rechtsonzekerheid kan ontstaan, want wat als de opdrachtnemer toch meer uren kwijt is aan de opdracht dan vooraf ingeschat en zijn beloning daardoor (net) onder de tariefgrens komt? Is de contractuele afwijking in zo'n geval nietig (art. 3:40 lid 1 BW), dan wel vernietigbaar (art. 3:40 lid 2 BW)? Of blijft die afspraak geldig als voorafgaand aan de opdracht een ureninschatting is gemaakt en de opdrachtgever daarop gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen? Deze (rechtspolitieke) vragen vergen nader onderzoek.

opdrachtnemer aan de onderkant kan verwezenlijken (zie paragraaf 2.3.2.3 respectievelijk paragraaf 2.3.2.4). Deze instrumenten delen een aantal gemeenschappelijke voor- en nadelen ten opzichte van wetgeving in formele zin. Voorbeelden van voordelen zijn dat afgevaardigden van de bedrijfstak of beroepsgroep aan de onderhandelingstafel zitten en de kans daardoor groter is dat de regels in lijn zijn met de wensen uit de praktijk. Verder kan in zowel een standaardregeling als een cao een (hoger) minimumloon worden afgesproken, voldoet zo'n prijsafpraak door de specifieke reikwijdte eerder en hoeft bij beide niet het gehele wetgevingstraject doorlopen te worden. Als nadeel valt te denken aan het lastig identificeren van de groepen opdrachtgevers en opdrachtnemers in het kader van de representativiteit en de onduidelijkheid die heerst over de geldigheid van een prijsafpraak voor opdrachtnemers in het licht van de verkeersvrijheden. Daarnaast kan worden gedacht aan het feit dat de bescherming die voortvloeit uit de standaardregeling of cao, zich niet kan uitslaan over alle opdrachtnemers, maar per bedrijfstak of beroepsgroep apart moet worden geregeld.

De twee instrumenten kennen uiteraard ook verschillen.¹⁶⁵ Zo openbaart zich een verschil in het karakter van de bepaling: van een cao-bepaling kan in zijn geheel niet of alleen ten voordele van de opdrachtnemer worden afgeweken,¹⁶⁶ terwijl van bepalingen uit een standaardregeling contractueel kan worden afgeweken, waarmee de bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant relatief eenvoudig kan worden 'weggecontracteerd'. Een cao-prijsafpraak biedt de opdrachtnemer aan de onderkant in dit opzicht dus meer bescherming. In verband met het kartelverbod staat het bedingen van een minimumtarief in een cao echter niet altijd open. Hoewel dat voor opdrachtnemers aan de onderkant doorgaans wel het geval lijkt te zijn sinds de aangenomen richtsnoeren,¹⁶⁷ kan de situatie zich voordoen dat in de praktijk niet wordt onderhandeld over een minimumtarief voor opdrachtnemers. Als de regering dit graag anders zou willen zien voor een bepaalde bedrijfstak of beroepsgroep, kan de minister van Justitie en Veiligheid dit proces proberen te sturen door een commissie te benoemen met als doel te komen tot een standaardregeling. Om voornoemde redenen zou het mij niet verbazen als in de toekomst beide instrumenten in het kader van een minimumtarief voor de opdrachtnemer niet alleen in theorie, maar ook in de praktijk naast elkaar voorkomen.¹⁶⁸

2.4 De invloed van de algemeen verbintenisrechtelijke loonregels

Het algemene verbintennisrecht biedt de opdrachtnemer in principe geen ruime bescherming op het gebied van de hoogte en uitbetaling van het loon. Toch blijft de opdrachtnemer niet geheel met lege handen achter als het aankomt op inkomensbescherming. In dit verband

165 Bij de te bespreken verschillen is geen volledigheid beoogd. Een verschil waar ik bijv. niet op inga, zijn de bindingsverschillen, welke verschillen door een avv gelijk kunnen worden getrokken. Een ge-avv'de cao lijkt qua stijfheid dan ook op de standaardregeling.

166 Dat is afhankelijk van het feit of de cao-bepaling een standaard- (geen afwijking mogelijk) of minimumkarakter (afwijking ten voordele van de opdrachtnemer mogelijk) draagt.

167 Daarmee bedoel ik zowel de uitzonderingen op het kartelverbod als het niet-handhaven van dit verbod door de EC en ACM (zie par. 2.3.2.4).

168 Daarbij merk ik op dat het aangaan van een cao allereerst wel mogelijk moet zijn. Als dat het geval is, moeten cao-partijen ook nog bereid zijn een minimumtarief voor opdrachtnemers af te spreken.

bespreek ik twee onderwerpen: de wettelijke (handels)rente als beschermingsinstrument voor het tijdig ontvangen van het loon en schuldeisersverzuim als grondslag voor een loonaanspraak bij niet-werken. Andere algemeen verbintenisrechtelijke leerstukken die in het kader van loon kunnen spelen, maar niet of nauwelijks bescherming (kunnen) geven en ook niet concreet zien op het leerstuk loon, behandel ik niet, waaronder verrekening van het loon met andere aanspraken (artikel 6:127 BW) en opschorting van de eigen verplichtingen om zo de wederpartij aan te sporen het loon te voldoen (artikel 6:262 en 6:52 BW).

Het eerste onderwerp betreft de wettelijke (handels)rente, die bij vertraagde betaling van het loon verschuldigd raakt en ertoe moet aanzetten dat de opdrachtgever tijdig het verschuldigde loon betaalt (paragraaf 2.4.1). Bij een te late betaling kan de opdrachtnemer aanspraak maken op een gefixeerde schadevergoeding in de vorm van wettelijke rente.¹⁶⁹ Hierbij maakt de wet onderscheid tussen 'gewone' wettelijke rente (artikel 6:119 BW) en wettelijke handelsrente (artikel 6:119a e.v. BW).¹⁷⁰ In paragraaf 2.4.1 constateer ik dat de verhouding tussen de niet-particuliere opdrachtgever en opdrachtnemer aan de onderkant kwalificeert als *business-to-business*-relatie in de zin van artikel 6:119a BW, waardoor de opdrachtnemer een beroep kan doen op de wettelijke handelsrente. Verder bespreek ik de voordelen van de toepasselijkheid van artikel 6:119a BW vanuit het perspectief van de opdrachtnemer als schuldeiser, waaronder een hogere rentevoet dan de reguliere wettelijke rente, het zonder aanmaning aanvangen van de rente en een maximale contractuele betalingstermijn.¹⁷¹ Dat zou een aansporing kunnen vormen om de loonbetaling tijdig te voldoen. Niettemin plaats ik vraagtekens bij de effectiviteit van de wettelijke handelsrente om te late loonbetalingen ten opzichte van de opdrachtnemer te voorkomen, vooral ten aanzien van situaties waarin de onderhandelingspositie tussen partijen in disbalans is. In dat geval zal de opdrachtnemer waarschijnlijk niet of nauwelijks aanspraak maken op deze rente vanwege de angst daardoor de opdracht te verliezen of in de toekomst geen nieuwe opdrachten meer van deze opdrachtgever te verkrijgen.

Het tweede onderwerp dat van belang kan zijn bij het effectueren van de loonaanspraak, is het recht op loon van de opdrachtnemer bij niet-werken vanwege schuldeisersverzuim aan de zijde van de opdrachtgever. De werkzaamheden kunnen om verschillende redenen tijdelijk niet worden verricht.¹⁷² Zo is het denkbaar dat niet wordt gewerkt doordat de opdrachtgever onvoldoende orders heeft, de werkzaamheden niet kunnen worden uitgevoerd door bepaalde weersomstandigheden of de opdrachtgever (op last van de overheid) zijn bedrijf voor een zekere tijd moet sluiten vanwege een oorlog of pandemie. Als de oorzaak van het niet-werken aan de opdrachtgever is toe te rekenen, kan de opdrachtnemer onder omstandigheden recht op loon hebben op grond van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW). Rechtspraak over dit onderwerp ontbreekt vrijwel. Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat de verklaring hiervoor is dat de praktijk goed overweg kan met de risicoverdeling van artikel 6:58 BW en de toepassing daarvan geen aanleiding tot problemen geeft. Het in dit

¹⁶⁹ De wettelijke handelsrente bedraagt ten tijde van het afronden van dit boek (1 maart 2023) 8%.

¹⁷⁰ Als de opdrachtnemer zakendoet met de overheid, geldt art. 6:119b BW.

¹⁷¹ Gedetailleerde en technische opmerkingen laat ik verder achterwege, evenals de andere verschillen tussen de verscheidene wettelijke rentes.

¹⁷² Ik ga van deze tijdelijkheid uit, m.a.w.: de overeenkomst wordt nadien voortgezet en eindigt dus niet. Zie over de loonaanspraak bij opzegging par. 4.2.

leerstuk besloten liggende toerekeningsvraagstuk schittert namelijk door onduidelijkheid en procedures liggen zodoende voor de hand. Het kan ook zo zijn dat de opdrachtnemer het belang te gering acht om de (goede) relatie met de opdrachtgever op het spel te zetten, net als bij de wettelijke (handels)rente. Dat klinkt logisch als het gaat om een loonaanspraak van één of twee dagen, maar ligt minder voor de hand als het een loonaanspraak van bijvoorbeeld enkele weken betreft. Een andere optie is dat partijen veronderstellen dat het niet-werken per definitie voor risico van de opdrachtnemer komt. Wellicht is deze gedachte gebaseerd op de aard van de overeenkomst van opdracht of zijn partijen prestatieloon overeengekomen, en gaan zij er om die reden van uit dat de opdrachtnemer daarmee zijn loonaanspraak heeft 'weggegeven' wanneer er, om welke reden dan ook, geen werkzaamheden worden verricht. Ik kom tot een genuanceerdere conclusie en zie onder omstandigheden ruimte voor een loonaanspraak over de niet-gewerkte periode op grond van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW).

2.4.1 De wettelijke (handels)rente als inkomenszekerheid

Uit onderzoek blijkt dat de opdrachtnemer een betalingstermijn van meer dan dertig dagen als te lang ervaart.¹⁷³ Hij heeft immers de werkzaamheden al verricht en misschien kosten gemaakt.¹⁷⁴ Een wens tot snelle betaling ligt daarmee voor de hand. De betalingstermijn van het loon van de opdrachtnemer wordt in principe bepaald door wat partijen op dit gebied overeenkomen (artikel 6:39 BW). Bij gebreke van zo'n contractuele betalingstermijn moet de betalingsverplichting 'terstond' worden nagekomen (artikel 6:38 BW).¹⁷⁵

De opdrachtnemer die niet binnen de contractuele of wettelijke betalingstermijn zijn loon volledig ontvangt,¹⁷⁶ kan onder omstandigheden wettelijke rente vorderen.¹⁷⁷ Op deze manier wordt de opdrachtnemer een zekere inkomensbescherming geboden in de zin van een tijdige en correcte loonbetaling en wordt hij gecompenseerd voor schade als gevolg van de te late loonbetaling.¹⁷⁸ Ik kom tot de bevinding dat de opdrachtnemer aan de onderkant bij een niet-tijdige loonbetaling, aanspraak kan maken op de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW (paragraaf 2.4.1.1). De regel waarin de maximale contractuele betalingstermijn verder is ingeperkt voor de verhouding tussen de 'grote' opdrachtgever en de 'kleine' opdrachtnemer, dient vanuit de beschermingsgedachte te worden verruimd

173 Sira Consulting 2020, p. 17.

174 Het vestigen van zakelijke zekerheidsrechten op het loon is vaak geen (logische) mogelijkheid, zeker niet voor de opdrachtnemer aan de onderkant.

175 Daarbij moet de redelijkheid en billijkheid in acht worden genomen (art. 6:2 BW). Dit brengt mee dat de opdrachtgever zoveel tijd moet worden gelaten als hij redelijkerwijs voor het verrichten van de loonbetaling nodig heeft (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 170-171).

176 Het gaat zowel om de situatie waarin de opdrachtnemer helemaal geen loon ontvangt als waarin hij te weinig loon krijgt betaald. De laatste situatie kan ook het gevolg zijn van de toepasselijkheid van de WML (zie par. 2.3.1) zonder dat de opdrachtgever daarmee rekening heeft gehouden bij de loonbetaling.

177 In al wat langer geleden afgenomen interviews gaven opdrachtnemers aan dat het niet of te laat betaald krijgen, hun grootste ergernis is (Aerts 2007, p. 365).

178 Immers, een te late loonbetaling levert een tekortkoming in de nakoming van de loonbetalingsverbintenis op en dat geeft recht op schadevergoeding, voor zover de tekortkoming toerekenbaar is (art. 6:74 BW). Deze vergoeding is dan gefixeerd op de wettelijke (handels)rente (art. 6:119-119a BW).

naar grote én mkb-opdrachtgevers (paragraaf 2.4.1.2). Ik sluit af met mijn vermoeden dat de regeling inzake de wettelijke (handels)rente onvoldoende is om de opdrachtnemer daadwerkelijk te beschermen tegen te late loonbetalingen (paragraaf 2.4.1.3).

2.4.1.1 De overeenkomst van opdracht als handelsovereenkomst

De overeenkomst van opdracht kan in *business-to-business*-relaties kwalificeren als handels-overeenkomst in de zin van artikel 6:119a BW. Dit is het geval als – kort en ongenueanceerd gezegd – de overeenkomst strekt tot het tegen betaling verrichten van diensten én tot stand is gekomen tussen één of meer natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, tussen rechtspersonen of tussen een natuurlijk persoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en een rechtspersoon (artikel 6:119a lid 1 BW). Als de overeenkomst van opdracht aan deze wettelijke definitie voldoet, kan de opdrachtnemer bij een te late betaling van het loon de wettelijke handelsrente in rekening brengen. De wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW vormt de implementatie van Richtlijn 2011/7/EU, die Richtlijn 2000/35/EG heeft opgevolgd en expliciet, maar niet uitsluitend, de mkb-ondernemer (ten opzichte van de grote ondernemingen) beoogt te beschermen tegen betalingsachterstanden bij handelstransacties.¹⁷⁹ Met andere woorden: de wettelijke handelsrente heeft vooral tot doel te voorkomen dat *grote* ondernemingen mkb-ondernemers (bewust) te laat betalen, maar geldt ook daarbuiten voor elke handelstransactie.

De wettelijke handelsrente gaat in beginsel automatisch lopen;¹⁸⁰ een aanmaning is zodoende niet vereist.¹⁸¹ De reden hiervoor is dat van een niet-particuliere schuldenaar een zekere mate van professionaliteit mag worden verwacht, waaronder dat hij weet wanneer een betalingstermijn verstrijkt.¹⁸² De betalingstermijn dient dus serieus te worden genomen en is een uitvloeisel van de ratio van de wettelijke handelsrente. De regeling wil op deze manier immers voorkomen dat de grotere partij het verschuldigde bedrag (bewust) te laat voldoet ten koste van de kleinere partij,¹⁸³ die mogelijk niet in de positie verkeert om de grotere wederpartij tot betaling te dwingen.¹⁸⁴ Deze rentevoet is daarom aanmerkelijk hoger

179 Zie bijv. art. 1 Richtlijn 2011/7/EU. Zie bijv. ook overweging 7 Richtlijn 2000/35/EG.

180 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 239, 3, p. 9. Het moment waarop deze rente automatisch aanvangt, is allereerst afhankelijk van de contractuele betalingstermijn. Als partijen geen uiterste dag van betaling zijn overeengekomen, is deze rente – kort en ongenueanceerd gezegd – van rechtswege verschuldigd vanaf dertig dagen, volgende op de dag waarop (a) de schuldenaar de factuur heeft ontvangen, (b) de prestatie is ontvangen of (c) de prestatie is aanvaard of beoordeeld (art. 6:119a lid 2 aanhef en sub a-c BW).

181 Wel moet de vertraging in de betaling aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend (art. 6:119a lid 8 BW). Zie over het begrip 'toerekenbaarheid' *Asser/Hartkamp 3-I* 2023/275, die aanneemt dat met dit begrip is aangesloten bij art. 6:75 BW.

182 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 239, 5, p. 7-8.

183 De opdrachtgever (schuldenaar) kan dit doen in verband met een cashflowvoordeel. Het is echter ook denkbaar dat de opdrachtgever niet tijdig betaalt, omdat hij goede gronden heeft te twifelen aan de verschuldigdheid van het loon, bijv. omdat hij meent dat de opdrachtnemer wanprestatie heeft gepleegd. Als in die situatie bij de rechter toch blijkt dat de opdrachtgever het loon (volledig) moet betalen, kan de rente aardig zijn opgelopen. Voor dit soort gevallen is de wettelijke handelsrente in wezen niet geschreven, waardoor de rechter m.i. de rente op grond van art. 6:109 of 6:248 lid 2 BW kan matigen tot bijv. de 'gewone' wettelijke rente (art. 6:119 BW). Vgl. *Asser/Hartkamp 3-I* 2023/275.

184 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 559, 3, p. 4.

dan die van de 'gewone' wettelijke rente, waarmee wordt beoogd betalingsachterstanden in het bedrijfsleven uit financieel oogpunt onaantrekkelijk te maken.¹⁸⁵ Dit is te beschouwen als een vorm van ongelijkheidscompensatie.

In dit onderzoek neem ik als uitgangspunt dat de opdrachtnemer werkzaamheden verricht voor een niet-particuliere opdrachtgever en daarvoor een beloning ontvangt. Of de verhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer kwalificeert als handelsovereenkomst, is dan ook vooral afhankelijk van het feit of de opdrachtnemer de overeenkomst in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan.¹⁸⁶ Ik heb bepleit dat het begrip 'in de uitoefening van een beroep of bedrijf' in het kader van artikel 7:405 lid 1 BW ruim moet worden geïnterpreteerd (zie paragraaf 2.2). Ook in dit verband kom ik – tegen de achtergrond van artikel 6:119a BW – tot een ruime uitleg. Toegepast op de opdrachtnemer oordeelde het Hof van Justitie namelijk dat van een 'beroep of bedrijf' sprake is als tegen betaling gestructureerd en duurzaam diensten worden geleverd.¹⁸⁷ Daarbij maakt het niet uit of de organisatie uit slechts één persoon bestaat, wat de rechtsvorm is en of het de hoofd- of nevenactiviteit betreft. De opdrachtnemer die in dit onderzoek centraal staat, voldoet al gauw aan deze definitie.¹⁸⁸

2.4.1.2 De uiterste dag van betaling op straffe van de wettelijke handelsrente

Bij het ontbreken van een contractuele betalingstermijn geldt dat de betalingsverplichting terstond moet worden nagekomen (artikel 6:38 BW). Artikel 6:119a BW brengt daar geen verandering in. Weliswaar regelt artikel 6:119a lid 2 BW vanaf welk moment de wettelijke handelsrente begint te lopen indien partijen geen contractuele betalingstermijn zijn overeengekomen,¹⁸⁹ maar uit de formulering van dit artikellid leid ik geen opeisbaarheid van het loon af. Ik interpreteer het bewuste artikellid zo dat slechts het aanvangsmoment

185 De (hoogte van de) wettelijke handelsrente heeft een dubbele doelstelling: fixatie van de schade vanwege de te late betaling en een aansporing om tijdig te betalen. De wettelijke handelsrente bedraagt ten tijde van dit schrijven (1 januari 2023) 8%.

186 Let op: het begrip 'in de uitoefening van een beroep of bedrijf' uit het BW moet worden onderscheiden van het begrip 'in de uitoefening van bedrijf' of in de zelfstandige uitoefening van beroep' uit de WML, waarin wordt aangesloten bij de fiscale maatstaf (zie par. 2.3.1).

187 HvJ EU 15 december 2016, C-256/15, ECLI:EU:C:2016:954 (*Nemec/Slovenië*).

188 Als toch twijfelachtig is of de opdrachtnemer de werkzaamheden uitoefent in het kader van zijn beroep of bedrijf, zoals het geval kan zijn bij een platformwerker, maar de opdrachtgever (schuldenaar) evident een handelspartij is, ben ik er voorstander van dit begrip – binnen de grenzen van de richtlijn – zo ruim mogelijk uit te leggen. Ik verdedig in dit soort situaties een zo ruim mogelijke uitleg, omdat ook in deze gevallen een betalingsachterstand onwenselijk is en de opdrachtgever daarom dient te worden aangespoord tijdig te betalen op straffe van de hogere wettelijke handelsrente (vgl. Freudenthal, Milo & Schelhaas, *NTBR* 2003/2; *Asser/Hartkamp* 3-1 2023/274). Mijn lezing vindt min of meer steun in de wetsgeschiedenis. Daarin is opgemerkt dat er geen aanleiding is de wettelijke handelsrente van toepassing te verklaren op consumenten, omdat het in beginsel niet gerechtvaardigd is dat deze personen, die niet professioneel deelnemen aan het rechtsverkeer, wettelijke (handels)rente zijn verschuldigd voordat zij daartoe in gebreke zijn gesteld (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 239, 3, p. 9). Hieruit maak ik op dat het voor de wettelijke handelsrente vooral van belang is dat de schuldenaar een professionele partij is.

189 Als partijen geen uiterste dag van betaling zijn overeengekomen, is deze rente – kort en ongenueanceerd gezegd – van rechtswege verschuldigd vanaf dertig dagen, volgende op de dag waarop (a) de schuldenaar de factuur heeft ontvangen, (b) de prestatie is ontvangen of (c) de prestatie is aanvaard of beoordeeld (art. 6:119a lid 2 aanhef en sub a-c BW).

van de wettelijke handelsrente (de wettelijke schadevergoeding) wordt geregeld en niet vanaf wanneer het loon moet worden betaald (de opeisbaarheid van de loonvordering). De opeisbaarheid van het loon is zonder contractuele afspraak nog altijd terstond (artikel 6:38 BW).

Als de opdrachtgever en opdrachtnemer wel een betalingstermijn zijn overeengekomen, geldt in principe deze termijn voor zowel de opeisbaarheid van het loon (artikel 6:39 BW) als de verschuldigdheid van de wettelijke handelsrente (artikel 6:119a lid 1 BW). De contractsvrijheid is in dit opzicht echter expliciet begrensd. Zo kan de betalingstermijn in beginsel niet langer zijn dan zestig dagen (artikel 6:119a lid 5 BW).¹⁹⁰ Voor de opdrachtgever (schuldenaar) die kwalificeert als 'grote onderneming'¹⁹¹ en de opdrachtnemer (schuldeiser) die wordt aangemerkt als 'mkb-onderneming'¹⁹² geldt zelfs dat partijen geen betalingstermijn kunnen overeenkomen van meer dan dertig dagen op straffe van een nietige betalingstermijn¹⁹³ (artikel 6:119a lid 6 BW).¹⁹⁴ Op die manier wordt de opdrachtnemer tegenover de 'grote' opdrachtgever beschermd tegen een onredelijk lange contractuele betalingstermijn. Hieruit blijkt dat bescherming niet zozeer expliciet van de zwakke(re) partij moet zijn, maar dit zich ook kan uiten in zijn spiegelbeeld door de contractsvrijheid van de sterke(re) partij aan banden te leggen. De gedachte hierachter is dat tussen deze partijen een ongelijke verhouding bestaat, waardoor de opdrachtnemer vaak instemt met een betalingstermijn die langer is dan hij eigenlijk wenst.¹⁹⁵ Het dwingendrechtelijke karakter van de betalingstermijn ex artikel 6:119a lid 6 BW toont dat ook in *business-to-business*-relaties het

190 Het is onder omstandigheden mogelijk dat een contractuele betalingstermijn wordt overeengekomen van langer dan zestig dagen, namelijk indien (i) een langere termijn uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen en (ii) deze termijn niet kennelijk onbillijk is tegenover de opdrachtnemer als schuldeiser (art. 6:119a lid 5 BW). Voor contracten met de overheid kan een andere betalingstermijn gelden, afhankelijk van de omstandigheden van het geval (art. 6:119b BW).

191 Voor de definitie hiervan wordt aangesloten bij de criteria uit het jaarrekeningenrecht (*Kamerstukken II 2016/17*, 34 559, 3, p. 8-9), die er in het kort op neerkomen dat als 'grote onderneming' kwalificeert de onderneming die op twee opeenvolgende balansdata heeft voldaan aan minimaal twee van de volgende drie vereisten: (a) de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt meer dan € 20 miljoen, (b) de netto-omzet over het boekjaar bedraagt meer dan € 40 miljoen en (c) het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minimaal 250.

192 Hieronder vallen de middelgrote, kleine en micro-ondernemingen. Ook voor deze definities wordt aangesloten bij het jaarrekeningenrecht (*Kamerstukken II 2016/17*, 34 559, 3, p. 8-9). Die definities houden kort gezegd in dat aan twee opeenvolgende balansdata wordt voldaan aan minimaal twee van de volgende drie vereisten: (a) de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt maximaal € 350.000 (micro), € 6 miljoen (klein) of € 20 miljoen (middelgroot), (b) de netto-omzet over het boekjaar bedraagt maximaal € 700.000 (micro), € 12 miljoen (klein) of € 40 miljoen (middelgroot) en (c) het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan tien (micro), vijftig (klein) of 250 (middelgroot) (art. 2:395a-397 BW).

193 In het geval van een nietige partijafpraak over de betalingstermijn geldt het wettelijke regime van art. 6:119a lid 2 BW: de wettelijke handelsrente is van rechtswege verschuldigd vanaf dertig dagen, volgende op de dag waarop (a) de schuldenaar de factuur heeft ontvangen, (b) de prestatie is ontvangen of (c) de prestatie is aanvaard of beoordeeld (art. 6:119a lid 2 aanhef en sub a-c BW).

194 Interessant in dit opzicht is dat de Nederlandse wetgever dit onderscheid maakt, terwijl de richtlijn dit niet doet, ondanks het feit dat de richtlijn wel beoogt de positie van het mkb te versterken (zie o.a. art. 1 lid 1 Richtlijn 2011/7/EU).

195 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 769, 3, p. 9 en 11. Ook in eerdere Kamerstukken werd deze ongelijke onderhandelingspositie (en afhankelijkheidsrelatie) erkend (zie bijv. *Kamerstukken II 2016/17*, 34 559, 3, p. 4, 6 en 7).

beginsel van contractsvrijheid onder omstandigheden moet wijken voor het beginsel van bescherming van de zwakkere partij. Dat ligt volgens de wetgever anders indien beide partijen grote ondernemingen of mkb-ondernemers zijn.¹⁹⁶ Hoewel ik het ermee eens ben dat de verhouding tussen deze partijen (redelijk) gelijk kan liggen,¹⁹⁷ is dit zeker geen vanzelfsprekendheid. Door de ruime definitie van het begrip 'mkb-ondernemer' is namelijk sprake van een nogal breed spectrum:¹⁹⁸ van een middelgrootbedrijf met 249 medewerkers in dienst en een netto-jaaromzet van € 40 miljoen tot de opdrachtnemer (zzp'er) met een bruto-jaaromzet van bijvoorbeeld € 29.000 (artikel 2:395a-397 BW).¹⁹⁹ De economische machtspositie van deze twee kan enorm verschillen. Daardoor bestaat evengoed het risico dat een opdrachtnemer tegen zijn wil in akkoord gaat met een door de mkb-opdrachtgever voorgestelde lange contractuele betalingstermijn.²⁰⁰ Bovendien kan een afhankelijkheidsrelatie door meer dan alleen de tegenstelling 'groot versus klein' worden veroorzaakt.²⁰¹ Een voorbeeld hiervan is de opdrachtnemer die niet de 'kleinere' partij is, maar wel in economische afhankelijkheid van hem verkeert. Gezien het voorgaande is er naar mijn mening geen goede reden de opdrachtnemer alleen te beschermen tegen onredelijk lange contractuele betalingstermijnen van grote ondernemingen en niet ook van (een deel van de) mkb-ondernemers. In weerwil van de huidige wettekst zou in mijn ogen artikel 6:119a lid 6 BW ook moeten gelden ten aanzien van de 'kleine' opdrachtnemer (schuldeiser), waarbij eventueel een uitzondering zou kunnen worden gemaakt omtrent bijvoorbeeld de opdrachtgever (schuldenaar) die kwalificeert als micro-onderneming.²⁰²

Naast de wettelijke handelsrente (artikel 6:119a BW) maakt het algemene verbintenissenrecht op andere plaatsen onderscheid tussen 'grote' en 'kleine' partijen, bijvoorbeeld in het kader van de algemene voorwaarden (artikel 6:231 onder a BW). De afdeling inzake algemene voorwaarden kent met de onredelijke bezwarendheid een eigen vernietigingsgrond (artikel 6:233 sub a BW),²⁰³ die op twee manieren differentieert.²⁰⁴ Ten eerste kan op deze vernietigingsgrond geen beroep worden gedaan door 'grote' partijen (artikel 6:235 BW), waarvan sprake is als een rechtspersoon zijn jaarrekening heeft gepubliceerd (artikel 6:235

196 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 559, 3, p. 8; *Kamerstukken II* 2020/21, 35 769, 3, p. 9.

197 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 559, 3, p. 8; *Kamerstukken II* 2020/21, 35 769, 3, p. 9.

198 Voor de definitie van 'mkb' wordt aangesloten bij het jaarrekeningenrecht (*Kamerstukken II* 2016/17, 34 559, 3, p. 8-9).

199 Dit bedrag (€ 29.000) was in 2020 het gemiddelde bruto-jaarinkomen van een zzp'er (CBS 2022). Ik ben bij dit bruto-jaarinkomen aangesloten, omdat het CBS alleen dit inkomen vermeldt.

200 Dit blijkt mede uit de cijfers van Intrum Justitia, waarin de respondenten aangaven zelfs meer problemen te hebben met de langere contractuele betalingstermijnen van andere mkb-ondernemers dan met die van grote ondernemingen (Intrum Justitia 2019, p. 6).

201 Vgl. Grooten, *TvI* 2017/6.

202 Van een micro-onderneming is sprake als kort gezegd in twee opeenvolgende balansdata wordt voldaan aan minimaal twee van de volgende drie vereisten: (a) de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt maximaal € 350.000, (b) de netto-omzet over het boekjaar bedraagt maximaal € 700.000 en (c) het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan tien (art. 2:395a BW) (*Kamerstukken II* 2016/17, 34 559, 3, p. 8-9).

203 Hierdoor kan een beding uit de algemene voorwaarden worden vernietigd indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijdse kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij (art. 6:233 sub a BW).

204 Deze differentiatie leidt in dit verband als het ware tot drie partijen: de consument, de kleine ondernemer en de grote ondernemer (vgl. Schelhaas 2018, p. 24).

lid 1 sub a BW) of minstens vijftig werknemers in dienst heeft (artikel 6:235 lid 1 sub b BW).²⁰⁵ Ten tweede wordt de consument als 'kleine' partij in zijn bewijspositie versterkt door de zwarte en grijze lijst, waarop bedingen staan die onredelijk bezwarend zijn, respectievelijk vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn (artikel 6:236-237 BW).²⁰⁶ Een verschil tussen 'groot' en 'klein', waarmee in wezen sterk en zwak wordt bedoeld, kwam ook al zijdelings aan bod bij de mogelijkheden voor opdrachtnemers om collectief te onderhandelen. Zo onthoudt de Europese Commissie zich van handhaving als opdrachtnemers onderhandelen of collectieve overeenkomsten sluiten met opdrachtgevers van een bepaalde economische kracht, wat het geval is als de totale jaarlijkse omzet van de opdrachtgever meer dan € 2 miljoen bedraagt of bij hem minstens tien werkzame personen zijn (zie paragraaf 2.3.2.4). Wat mij in deze context opvalt, is dat de definitie van 'groot' en 'klein' bij de wettelijke handelsrente, de afdeling inzake de algemene voorwaarden en de mogelijkheid tot collectief onderhandelen zeer uiteenloopt. Ik deel de visie van Schelhaas dat zo'n ondoordacht onderscheid allesbehalve wenselijk is.²⁰⁷ Als ik deze lijn doortrek naar mijn voorgestelde aanpassing in het kader van artikel 6:119a lid 6 BW (zie vorige alinea), zou dat betekenen dat de verschillende bepalingen qua criteria idealiter met elkaar overeenkomen, tenzij een goede reden bestaat een ander criterium te hanteren.

Uit de vorige alinea volgt dat differentiatie in wetgeving kan plaatsvinden, afhankelijk van wie de partijen zijn en hoe zij zich ten opzichte van elkaar verhouden. Deze differentiatie naar de hoedanigheid van partijen beoogt te voorkomen dat de opdrachtgever misbruik maakt van zijn sterkere positie. Ik zie aanleiding het soort onderscheid dat hier wordt gemaakt met betrekking tot de hoedanigheid van partijen breder toe te passen op andere onderwerpen. Daarbij kan eraan worden gedacht om de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW van toepassing te verklaren op de verhouding tussen de 'grote' opdrachtgever en 'kleine' opdrachtnemer (zie paragraaf 2.5.1). Ook valt te denken aan het inperken van de mogelijkheid om afwijkingen (ten nadele van een bepaalde partij) overeen te komen en deze beperking van de contractsvrijheid te koppelen aan een zekere hoedanigheid. Een voorbeeld van waar dit mogelijk passend is, is het leerstuk toerekening krachtens verkeersopvattingen in het kader van schuldeisersverzuim (zie paragraaf 2.5.2.3). Wel benadruk ik nogmaals de wenselijkheid om in dergelijke gevallen consistent te differentiëren.²⁰⁸

205 De ratio hiervan is dat de contractsvrijheid van grote commerciële partijen een groot goed is en zij moeten kunnen vertrouwen op de door hen gemaakte afspraken (*Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1631; Schelhaas 2018, p. 13).

206 De opdrachtnemer die – kort gezegd – een vrij beroep of bedrijf uitoefent, is geen consument (*Asser/Sieburgh 6-III 2022/499*; Tjittes 2022, p. 656). Toch is niet uitgesloten dat de opdrachtnemer via de zogenoemde 'reflexwerking' een beroep kan doen op deze lijsten. Daarbij geldt: hoe meer de hoedanigheid van de opdrachtnemer vergelijkbaar is met die van de consument, hoe eerder er aanleiding zal bestaan voor deze reflexwerking (Wessels & Jongeneel, *Algemene voorwaarden (R&P nr. CA1)* 2017/17; Schelhaas 2018, p. 24 e.v.; Loos 2018, p. 222 en 331 e.v.; Tjittes 2022, p. 659-660). Hierbij valt te denken aan een opdrachtnemer die buiten het terrein van zijn deskundigheid een overeenkomst aangaat met een grote en deskundige opdrachtgever.

207 Schelhaas 2018, p. 16 en 33 e.v.; Schelhaas, *AA* 2018/0681.

208 Schelhaas 2018, p. 33 e.v.; Schelhaas, *AA* 2018/0681.

2.4.1.3 De mogelijke ineffectiviteit van de wettelijke handelsrente

Door de jaren heen is met verschillende wijzigingen geprobeerd artikel 6:119a BW effectiever te maken, waaronder de verkorting van de wettelijke betalingstermijn tot in beginsel dertig in plaats van zestig dagen (artikel 6:119a lid 2 BW) en de (verdere) inperking van de contractuele betalingstermijn (artikel 6:119a lid 5-6 BW).²⁰⁹ Ondanks deze wijzigingen betwijfel ik of de wettelijke handelsrente effectief is om te late loonbetalingen aan de opdrachtnemer te bestrijden.²¹⁰ Zo sluit ik niet uit dat de opdrachtnemer de relatie met de opdrachtgever niet wil verstoren door wettelijke handelsrente te vorderen.²¹¹ Gezien de ongelijke handelsrelatie kan dit de opdrachtnemer namelijk zijn opdracht kosten, mede gelet op de ruime opzegbevoegdheid van de opdrachtgever (zie paragraaf 4.2.1), of meebrengen dat hij in de toekomst geen opdrachten meer van deze opdrachtgever krijgt, bijvoorbeeld door de overeenkomst met de resultaatsverbintenis-opdrachtnemer weliswaar in stand te houden, maar hem vervolgens geen uren meer te geven.

Voor de opdrachtnemer die economisch afhankelijk is van deze opdrachtgever, zal vermoedelijk niet riskeren de opdracht te verliezen door bij de opdrachtgever aanspraak te maken op de wettelijke handelsrente,²¹² terwijl hij wel wordt benadeeld.²¹³ Het ligt veeleer

209 Zie voor de verschillende wijzigingen uitgebreider *Kamerstukken II 2020/21*, 35 769, 3, p. 11.

210 Meer in algemene zin zijn in de rechtsliteratuur vraagtekens gezet bij de effectiviteit van de wettelijke handelsrente t.a.v. m.n. de mkb-ondernemer als schuldeiser (Grooten, *NJB* 2011/1704; Margetson, *NTHR* 2011/4; Rozeman, *NtER* 2011/5; Schelhaas, *MvV* 2011/10.2; Van Tricht & Beenders, *MvV* 2013/3.4; Jongeneel, *NJB* 2017/1855; Grooten, *Tvl* 2017/6; Grooten, *Bb* 2020/82).

211 Een andere reden waarop kan worden gewezen, is dat de wettelijke handelsrente (in standaardbepalingen) kan zijn uitgesloten of beperkt. Deze mogelijkheid lijkt te worden geboden door art. 6:119a lid 9 BW, nu de wettelijke handelsrente daarin wordt gelijkgesteld met 'een andere overeengekomen rente' (dit is anders als de opdrachtnemer zakendoet met de overheid, nu art. 6:119b lid 8 BW spreekt over 'een hogere overeengekomen rente'). Ik zie echter minder ruimte voor afwijkingen van de rentevoet ten nadele van de opdrachtnemer (schuldeiser) dan de tekst van art. 6:119a lid 9 BW doet vermoeden. De richtlijn bepaalt dat de lidstaten erin voorzien dat een contractueel beding met betrekking tot de datum of termijn voor betaling, de interestvoet voor betalingsachterstand of de vergoeding van invorderingskosten hetzij niet afdwingbaar zijn, hetzij aanleiding geven tot een vordering tot schadevergoeding, indien zij een kennelijke onbillijkheid jegens de schuldeiser (opdrachtnemer) behelzen (art. 7 lid 1 Richtlijn 2011/7/EU en – voor nationale wetgeving – t.a.v. algemene voorwaarden art. 6:233 aanhef en sub a BW en meer in algemene zin art. 6:248 lid 2 BW). Het komt bovendien onlogisch voor dat partijen worden begrensd in de maximale betalingstermijn, maar wel kunnen overeenkomen dat de rentevoet dusdanig laag is dat de opdrachtgever een te late betaling financieel niet voelt door de lage rentevoet. Dat zou de gehele beschermingsgedachte achter de maximale betalingstermijn – en in bredere zin zelfs de ratio van de wettelijke handelsrente – wegnemen. Een afspraak waarin een grote opdrachtgever met een kleine opdrachtnemer overeenkomt dat de wettelijke handelsrente is uitgesloten of de rentevoet vrijwel nihil is, levert in mijn ogen dan ook spoedig 'kennelijke onbillijkheid' op.

212 Dit blijkt in zekere mate ook uit het onderzoek van Sira Consulting, nu grote ondernemingen aangeven dat de mkb-ondernemer (schuldeiser) zich slechts incidenteel op de wettelijke handelsrente beroept om daarmee de gemaakte afspraken af te dwingen (Sira Consulting 2020, p. 20). Ook Grooten heeft hierop gewezen (Grooten, *Tvl* 2017/6; Grooten, *Bb* 2020/82).

213 In dit kader is interessant dat mkb-ondernemers tot 26 januari 2023 anoniem melding konden maken van te late betalingen bij het tijdelijke Meldpunt Achterstallige Betalingen van de ACM. Op deze manier hoopt de overheid zicht te krijgen op hoe vaak de afgesproken betalingstermijnen niet worden nageleefd (zie over deze aankondiging *Kamerstukken II 2020/21*, 35 769, 3, p. 13). De resultaten hiervan zijn ten tijde van dit schrijven nog niet bekend.

voor de hand dat deze opdrachtnemer alleen overgaat tot meerdere herinneringen en daarbij soms ruimschoots de betalingstermijn laat overschrijden.²¹⁴ Problematisch daaraan is dat juist deze opdrachtnemer economisch afhankelijk is van deze betaling. Dit wordt des te problematischer op het moment dat de opdrachtnemer een laag tarief verdient (ter hoogte van bijvoorbeeld het minimumloon) en dus een versterkt belang heeft bij het tijdig ontvangen van zijn loon. Oftewel: de gevolgen van een niet-tijdige loonbetaling zijn voor de opdrachtnemer aan de onderkant vermoedelijk het meest ingrijpend.

Aangenomen wordt dat hoe groter het financiële belang van de opdrachtnemer is, hoe groter de kans is dat hij het risico neemt de opdracht te verliezen ten faveure van het vorderen van de wettelijke handelsrente.²¹⁵ In het verlengde daarvan ligt de veronderstelling dat een grotere invorderingsbereidheid aan de zijde van de opdrachtnemer op termijn zal bijdragen aan een beter betaalgedrag van de opdrachtgever.²¹⁶ Vanuit deze facetten bezien zijn onder meer de aanzienlijk hogere wettelijke handelsrente (in verhouding tot de 'gewone' wettelijke rente) en de verdere inperking van de maximale contractuele betalingstermijn (artikel 6:119a lid 6 BW) een stap in de goede richting,²¹⁷ maar ook niet meer dan dat. De reden hiervan is dat de rentevoet van 8%²¹⁸ (2023) vaak te laag zal zijn om een mogelijk langdurige relatie met de opdrachtgever op het spel te zetten,²¹⁹ terwijl juist de opdrachtnemer aan de onderkant – vanwege zijn economische afhankelijkheid – een versterkt belang heeft bij het tijdig en correct ontvangen van de loonbetaling. Om de opdrachtnemer aan de onderkant adequaat te beschermen tegen te late loonbetalingen, lijkt dus meer nodig dan de wettelijke handelsrente (artikel 6:119a BW) momenteel biedt.

Een ogenschijnlijk voor de hand liggend alternatief is het wettelijk verhogen van de verschuldigde rentevoet.²²⁰ Een nadeel daarvan is dat deze verhoging in principe voor alle handelsbetalingen zou gelden.²²¹ Deze verhoging zou eventueel kunnen worden afgebakend tot alleen het loon van de opdrachtnemer, maar er zou voor een dergelijke verhoging ook

214 Overigens heeft de opdrachtnemer vijf jaar de tijd om de vergoeding van de wettelijke handelsrente in rechte af te dwingen (art. 3:307 lid 1 BW).

215 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 769, 3, p. 11.

216 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 769, 3, p. 11.

217 Ook dit is overigens een argument om de reikwijdte van art. 6:119a lid 6 BW te verruimen (zie par. 2.4.1.2).

218 De wettelijke handelsrente is gebaseerd op de herfinancieringsrente van de ECB (art. 6:120 lid 2 BW). Partijen kunnen contractueel een andere rentevoet overeenkomen (art. 6:119a lid 9 BW). Zie over de mogelijkheden om een lagere rentevoet af te spreken Jongeneel, *NJB* 2017/1855.

219 *Sira Consulting 2020*, p. 30; Grooten, *Bb* 2020/82. Overigens zou dit nog meer spelen als de opdrachtnemer geen beroep zou kunnen doen op art. 6:119a BW, maar in plaats daarvan is aangewezen op de lagere wettelijke rente ex art. 6:119 BW.

220 Ik beoog geen volledigheid bij de te bespreken alternatieven. Zo zou voor de opdrachtnemer met een duurovereenkomst nog aan een andere of aanvullende wettelijke mogelijkheid kunnen worden gedacht. Als de opdrachtnemer – met feiten onderbouwd – aanvoert dat de opdrachtgever de overeenkomst met hem heeft beëindigd (of er sprake is van een soortgelijk nadeel, zoals het niet meer krijgen van opdrachten), omdat hij wettelijke handelsrente heeft gevorderd, dan moet de opdrachtgever bewijzen dat de beëindiging op andere objectieve gronden berustte. Zonder dergelijke 'opzeggingsbescherming' ligt het voor de hand dat de wettelijke rente als beschermingsinstrument aan effectiviteit zal inboeten. Dit voorstel is een vrije vertaling van art. 18 COM/2021/762.

221 *Sira Consulting 2020*, p. 31.

kunnen worden aangesloten bij een andere regeling. Het algemene verbintennisrecht kent naast de wettelijke rente echter geen soortgelijke figuur. Ook in de WML ontbreekt een individueel pressiemiddel. Tot 4 mei 2007 was in de WML een wettelijke verhoging bij niet-tijdige betaling van het wettelijk minimumloon geregeld (artikel 18c WML (oud)),²²² die de individuele aanspraak op de uitbetaling van het minimumloon aangescherpte.²²³ Deze bepaling is vanwege de invoering van de bestuurlijke boete (artikel 18b e.v. WML) en last onder dwangsom (artikel 18n e.v. WML) komen te vervallen.²²⁴ In de wetgeschiedenis werd daarbij opgemerkt dat bovendien artikel 7:625 BW geldt, dat de werknemer de aanspraak geeft op een wettelijke verhoging bij niet-tijdige voldoening van het loon.²²⁵ De bestuurlijke boete en last onder dwangsom vergroten echter niet het financiële belang van de opdrachtnemer zelf, waardoor dit niet bijdraagt aan de invorderingsbereidheid van de opdrachtnemer.²²⁶ Artikel 7:625 BW heeft op zijn beurt alleen betrekking op de verhouding werkgever-werknemer. Het lijkt erop dat de gevolgen van deze afschaffing voor de WML-opdrachtnemer over het hoofd zijn gezien. Mocht dat niet zo zijn, dan zou dat betekenen dat de wetgever hetzij de WML-opdrachtnemer niet als zo afhankelijk van de stipite ontvangst van zijn loon beschouwde, waardoor hij een zodanig pressiemiddel niet behoeft, hetzij de bestuurlijke boete en last onder dwangsom als afdoende bescherming voor deze opdrachtnemer aanmerkte. In paragraaf 2.5.1 constateer ik dat de bescherming die artikel 7:625 BW meebrengt, gerechtvaardigd lijkt voor de opdrachtnemer aan de onderkant en naast de wettelijke handelsrente van artikel 6:119a BW kan bestaan. Richtlijn 2011/7/EU, waar de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW de implementatie van vormt, laat ruimte voor een dergelijke rechtsregel, nu het gaat om minimumharmonisatie (artikel 12 lid 3 van de richtlijn). De toepassing van de wettelijke verhoging zoals uit artikel 7:625 BW volgt, zou meebrengen dat het niet langer alleen om een (gefixeerde) schadevergoeding gaat (artikel 6:119a BW), maar ook om een aansprekend mechanisme in het kader van de loonbetaling.²²⁷

2.4.2 Geen arbeid, toch loon op grond van schuldeisersverzuim

In de vorige paragraaf stond het probleem van een vertraagde loonbetaling in het middelpunt. Een ander probleem dat zich bij de loonbetaling kan voordoen, is het niet-betalen van het loon vanwege het feit dat de opdrachtnemer geen werkzaamheden heeft verricht, terwijl dat niet-werken is gelegen in een omstandigheid die voor risico van de opdrachtgever komt. Het leerstuk van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW) kan de opdrachtnemer in zo'n geval hulp bieden. Dit leerstuk staat in deze paragraaf centraal.

222 *Stb.* 2007, 98 en 157.

223 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 286, 3, p. 8-9 en 12-13.

224 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 678, 3, p. 15-16.

225 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 678, 3, p. 16.

226 Daarmee zeg ik niet dat een bestuurlijke boete of last onder dwangsom niet effectief (kan) zijn.

227 Anders dan de wettelijke verhoging is de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW niet bedoeld als schadevergoeding, maar als prikkel voor het tijdig en correct betalen van het loon (concl. A-G Langemeijer voor HR 11 februari 1955, ECLI:NL:HR:1955:14 (*Fabron/Pastoor*); HR 5 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7251 (*Swaen/Van Hees*); HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:304 (*Van der Velde/Datawell*)). Om die reden kunnen zij naast elkaar bestaan.

De overeenkomst van opdracht is in deze studie een wederkerige overeenkomst: de opdrachtnemer verricht werkzaamheden en de opdrachtgever betaalt daarvoor loon. Vanuit deze gedachte zou de opdrachtgever niet hoeven te presteren (het loon betalen) als de opdrachtnemer geen werkzaamheden verricht.²²⁸ Dit kan genuanceerder liggen, nu het algemene verbintenissenrecht de opdrachtnemer een loonaanspraak kan geven in de situatie dat hij de werkzaamheden niet heeft verricht door een oorzaak die aan de opdrachtgever is toe te rekenen. Deze bescherming kan worden gevonden in het leerstuk schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW).²²⁹ De opdrachtgever die het verrichten van de werkzaamheden kan afdwingen (en in dat opzicht dus schuldeiser is), komt in 'verzuim'²³⁰ indien de bereidwillige opdrachtnemer deze verplichting niet kan nakomen doordat de opdrachtgever de daartoe noodzakelijke medewerking niet verleent of op andere wijze de nakoming verhindert, tenzij de oorzaak van de verhindering niet aan de opdrachtgever kan worden toegerekend (artikel 6:58 BW). Als de werkzaamheden niet worden uitgevoerd door verzuim van de opdrachtgever (schuldeiser),²³¹ blijft hij in principe de tegenprestatie (het loon) verschuldigd. De opdrachtnemer die op grond hiervan loon vordert, moet stellen, en zo nodig bewijzen, dat het verrichten van werkzaamheden werd verhindert doordat de opdrachtgever de noodzakelijke medewerking niet verleende of doordat een ander beletsel van zijn zijde opkomt. De opdrachtgever die zich erop beroept dat de oorzaak van de verhindering niet aan hem kan worden toegerekend, draagt daaromtrent de bewijslast.²³²

In het vervolg van deze paragraaf focus ik mij op de vraag of de oorzaak van het niet-werken aan de opdrachtgever (schuldeiser) kan worden toegerekend in de zin van artikel 6:58 BW.

228 Het recht op loon ontstaat in beginsel ook pas nadat de prestaties zijn verricht (*Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 333).

229 Boot e.a., *De zzp'er (MSR nr. 64)* 2014/3.7; Boot 2016, p. 16; Van Slooten 2018, p. 46; Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht* 2021/3.4.1.4.

230 Anders dan in art. 6:81 BW wordt met 'verzuim' hier niet bedoeld dat de opdrachtgever (schuldeiser) een verplichting schendt, maar juist dat hij zijn recht op de prestatie van de opdrachtnemer (schuldenaar) niet uitoefent.

231 De opdrachtnemer die de werkzaamheden niet verricht vanwege eigen 'verzuim', kan op grond van art. 6:58 BW geen aanspraak maken op loon. Het verrichten van werkzaamheden wordt dan namelijk niet verhindert doordat de opdrachtgever de noodzakelijke medewerking niet verleende en ook niet doordat een ander beletsel van zijn zijde opkomt, waardoor niet wordt voldaan aan de vereisten van art. 6:58 BW. Voorbeelden zijn de opdrachtnemer die de werkzaamheden niet verricht, omdat hij met autopech langs de kant staat of ziek is.

232 HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8648 (*APR/Lavrijsen*).

Bij deze bespreking ga ik ervan uit dat aan de (overige)²³³ vereisten van dit artikel is voldaan.²³⁴ Ook neem ik aan dat de opdrachtgever (schuldeiser) niet verplicht is de opdrachtnemer (schuldenaar) de werkzaamheden te laten uitvoeren.²³⁵

Voor schuldeisersverzuim is geen verwijtbaarheid van de niet-nakoming vereist. Ook een toevallige verhindering kan voor risico van de opdrachtgever (schuldeiser) komen. Wel is vereist dat deze toevallige verhindering hem volgens artikel 6:58 BW kan worden toegerekend.²³⁶ Het is de taak van de rechter om aan de hand van de toerekeningseis de grenzen van het schuldeisersverzuim af te baken, zodat een redelijke uitkomst wordt bereikt.²³⁷ Oftewel: het gevolg van schuldeisersverzuim – in dit geval: het (door)betalen van het loon zonder arbeid te hebben ontvangen – treedt niet in als de opdrachtgever (schuldeiser) een geslaagd beroep doet op ‘overmacht’ aan zijn zijde.²³⁸ Het standaard overmachtsartikel (artikel 6:75 BW) mist hier overigens directe toepassing, aangezien dat artikel uitgaat van de normaal situatie dat moet worden beoordeeld of overmacht aan de zijde van de schuldenaar bestaat. De vraag is aldus wanneer de oorzaak van het niet-werken aan de opdrachtgever (schuldeiser) kan worden toegerekend.

In artikel 6:58 BW zijn geen criteria te vinden aan de hand waarvan het begrip ‘toerekening’ kan worden ingevuld. Het leerstuk wanprestatie kent een vergelijkbare gedachtegang: een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis leidt niet tot een schadevergoedingsverplichting indien de tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend (artikel 6:74 lid 1 BW). In dit verband is sprake van toerekening als (i) de tekortkoming is

233 Beargumenteerd kan worden dat ‘toerekening’ strikt genomen geen vereiste van de hoofdregel ex art. 6:58 BW is, maar een uitzondering daarop vormt, omdat deze is opgenomen in een tenzij-clausule. Desondanks spreek ik in dit verband over de ‘toerekeningseis’. Zie min of meer ook Streefkerk, *Schuldeisersverzuim (Mon. BW nr. B32c) 2018/7.1*, die toerekening aan de schuldeiser (opdrachtgever) een voorwaarde van schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW) noemt.

234 Sieburgh noemt als (overige) vereisten: (i) de afwikkeling van de verbintenis is niet mogelijk zonder medewerking van de schuldeiser (opdrachtgever); (ii) de schuldenaar (opdrachtnemer) moet tot de prestatie in staat en gereed zijn, althans daarmee zover zijn gevorderd als zonder de medewerking van de schuldeiser kon geschieden; (iii) in de regel moet de schuldenaar (opdrachtnemer) de schuldeiser (opdrachtgever) hebben doen weten dat diens medewerking verlangd wordt; en (iv) de medewerking van de schuldeiser moet zijn uitgebleven (*Asser/Sieburgh 6-1 2020/293-296*). Streefkerk acht deze indeling in meerdere opzichten achterhaald en minder gelukkig dan de door hem genoemde vereisten: (a) er moet sprake zijn van een verhindering van nakoming en (b) deze verhindering wordt uitsluitend veroorzaakt door een beletsel van de kant van de schuldeiser (opdrachtgever) (*Streefkerk, Schuldeisersverzuim (Mon. BW nr. B32c) 2018/7.1*).

235 Het algemene verbintenisrechtelijke uitgangspunt is dat de schuldeiser de prestatie mag weigeren, zolang hij de tegenprestatie maar voldoet (*Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 219 en 230). Dit uitgangspunt sluit aan bij de (oorspronkelijke) aard van de overeenkomst van opdracht (zie impliciet *Kamerstukken II 1982/83*, 17 779, 3, p. 2 en 5, en expliciet in de rechtsliteratuur Bolt & Spier 1996, p. 120; Boot 2005, p. 239-240; *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/92*). Mocht de opdrachtgever wel verplicht zijn de opdrachtnemer toe te laten tot het werk en hierin tekortschieten, dan kan de opdrachtnemer het loon vorderen op grond van wanprestatie (art. 6:74 BW).

236 Voor de totstandkoming van deze ‘toerekeningseis’ zijn m.n. Willeumier en Cavadino cruciaal geweest. Zie voor een behandeling van deze totstandkomingsgeschiedenis Abas, *RMThemis 1975/2*; Streefkerk, *Schuldeisersverzuim (Mon. BW nr. B32c) 2018/10.2*.

237 *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 222.

238 In die situatie wordt wel van ‘schuldeiserovermacht’ of ‘crediteursovermacht’ gesproken (zie bijv. *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 222; *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990*, p. 1240; *Asser/Sieburgh 6-1 2020/297*).

te wijten aan schuld of krachtens (ii) de wet, (iii) rechtshandeling of (iv) verkeersopvattingen voor rekening van de schuldenaar komt (artikel 6:75 BW). Op artikel 6:75 BW kan echter slechts de schuldenaar zich beroepen. Bovendien blijkt uit de wetsgeschiedenis dat toerekening aan de schuldeiser en schuldenaar niet geheel plaatsvindt op basis van dezelfde regels, omdat toerekening telkens mede wordt bepaald door de aard van de concrete situatie.²³⁹ Niettemin wordt in het algemeen aangenomen dat ook naar de toerekeningsgronden van artikel 6:75 BW moet worden gekeken als de vraag voorligt of de oorzaak van het niet-werken aan de opdrachtgever (schuldeiser) kan worden toegerekend in het kader van het leerstuk schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW).²⁴⁰ Ik deel deze visie, omdat de genoemde gronden naar mijn overtuiging voldoende ruimte bieden om rekening te houden met de aard van de concrete situatie. Toerekening op grond van schuld en krachtens verkeersopvattingen zijn immers open normen.

Hierna loop ik de vier toerekeningsgronden stuksgewijs langs (paragraaf 2.4.2.1-2.4.2.4). Ik besteed daarbij de meeste aandacht aan toerekening krachtens verkeersopvattingen (paragraaf 2.4.2.4) en rond af met een aantal bevindingen (paragraaf 2.4.2.5).

2.4.2.1 Toerekening op grond van schuld

De term 'schuld' kan in verband met schuldeisersverzuim verwarrend werken. Het gaat er namelijk niet zozeer om dat de opdrachtgever (schuldeiser) zich verwijtbaar of onzorgvuldig heeft gedragen, maar of de verhindering door zijn toedoen is teweeggebracht. Daarvan is sprake als het niet-werken is veroorzaakt door een gedraging van de opdrachtgever (schuldeiser) die – in het licht van de verbintenis – niet 'normaal' of 'geïndiceerd' was en door hem vermeden had kunnen worden.²⁴¹ Dat wil zeggen: de opdrachtgever (schuldeiser) handelt anders dan de opdrachtnemer (schuldenaar) van hem mag verwachten met het oog op een behoorlijke nakoming van de verbintenis. De hoedanigheid van partijen speelt hier een rol. Zo mag een opdrachtnemer in dit kader meer verlangen van een deskundige opdrachtgever die veel personeel in dienst heeft dan van een ondeskundige eenpitter. Een bepaalde gedraging kan dus sneller aan een 'grote' opdrachtgever worden toegerekend op grond van schuld. Een voorbeeld van toerekening op grond van schuld is de opdrachtgever die simpelweg vergeet zijn personeel in te lichten waar in het bedrijf de opdrachtnemer de werkzaamheden exact moet verrichten en ook onbereikbaar is, waardoor de opdrachtnemer de opdracht niet kan uitvoeren.

2.4.2.2 Toerekening krachtens wet

Een wettelijke regeling kan bepalen dat de oorzaak van de verhindering van de nakoming voor rekening van de schuldeiser komt. In de afdeling inzake de opdracht ontbreekt hier een voorbeeld van.²⁴²

²³⁹ *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1240-1241.

²⁴⁰ Schoordijk 1979, p. 156-157; Schut 1984, p. 76; Zondag 2001, p. 105 en 601; Rogmans 2007/56; Streefkerk, *Schuldeisersverzuim (Mon. BW nr. B32c)* 2018/11.1.

²⁴¹ Bakels 2011/54; Streefkerk, *Schuldeisersverzuim (Mon. BW nr. B32c)* 2018/11.2.

²⁴² Zo'n voorbeeld is bijv. wel te vinden in de regeling inzake aanneming van werk (art. 7:760 BW).

2.4.2.3 Toerekening krachtens rechtshandeling

Vanwege het aanvullende karakter van artikel 6:58 BW kunnen de opdrachtgever en opdrachtnemer contractueel overeenkomen in wiens risicosfeer een bepaalde verhindering valt.²⁴³ Zo staat het partijen vrij af te spreken dat het niet kunnen werken vanwege bijvoorbeeld bepaalde weersomstandigheden of onvoldoende orders, schuldeisersovermacht oplevert of – meer in algemene zin – voor risico van de opdrachtgever of opdrachtnemer komt. Op deze manier kan de mogelijke bescherming van artikel 6:58 BW worden uitgebreid of juist (gedeeltelijk) worden ‘weggecontracteerd’. Ten aanzien van met name de opdrachtnemer aan de onderkant ligt het voor de hand dat partijen hierover ofwel geen afspraak maken, ofwel een afspraak overeenkomen ten nadele van de opdrachtnemer, gelet op zijn economisch afhankelijke positie.²⁴⁴ De aanvullende aard van artikel 6:58 BW die het mogelijk maakt afwijkende afspraken te maken, bespreek ik nader in paragraaf 2.5.2.3.

In dit licht verdient de resultaatsverbintenis-opdrachtnemer bijzondere aandacht, zoals de pakketbezorger, vertaler, uitbener en schoonmaker van hotelkamers. Neem de pakketbezorger: die krijgt in principe alleen betaald als hij een pakket heeft afgeleverd (stukloon).²⁴⁵ Met deze beloningwijze heeft de opdrachtnemer een deel van het ondernemersrisico aanvaard, nu de hoogte van het loon afhankelijk is van het te behalen resultaat. De vraag rijst echter of partijen daarmee ook hebben beoogd alle risico's van niet-werken bij de opdrachtnemer neer te leggen, ongeacht de oorzaak van de verhindering. Dat is een uitlegkwestie van de gemaakte afspraken en daarvoor dient de Haviltex-maatstaf te worden toegepast: er moet worden gekeken naar ‘de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’, waarbij mede van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.²⁴⁶ Als partijen expliciet hebben afgesproken dat de opdrachtnemer een hogere beloning ontvangt vanwege het risico op niet-werken of de opdrachtnemer weet dat hij om deze reden is ingezet in plaats van bijvoorbeeld een werknemer, kan dat een aanwijzing zijn dat daarmee is gealloceerd het risico van niet-werken volledig voor rekening van de opdrachtnemer te laten komen. In de gevallen waarin dit niet expliciet is overeengekomen, is het mede afhankelijk van de hoedanigheid van de opdrachtnemer of hij heeft overzien of had moeten overzien dat elk risico van niet-werken in zijn risicosfeer valt. Zo zal een opdrachtnemer aan de onderkant deze gevolgen vermoedelijk niet snel voor ogen hebben gehad. Dat zou een discrepantie tussen zijn wil en verklaring opleveren, waardoor het aankomt op het wederzijds gerechtvaardigd vertrouwen.²⁴⁷ Naar mijn

243 Met ‘toerekening krachtens rechtshandeling’ wordt in feite ‘toerekening krachtens overeenkomst’ bedoeld.

244 Bouma & Frouws 2011, p. 48.

245 Een uitzondering kan zich voordoen indien de pakketbezorger kwalificeert als WML-opdrachtnemer (zie par. 2.3.1).

246 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes c.s./Haviltex*).

247 Het gaat er daarbij niet om wat een partij zelf dacht te zijn overeengekomen. Beslissend is hoe partijen over en weer het overeengekomene redelijkerwijs moesten begrijpen (zie ook Bakker 2021, p. 13 en 45; Grosheide & Van der Neut, *TAC* 2022/2). De uitgangspunten van de verklaarde wil en het gerechtvaardigd vertrouwen vormen tezamen de wilsvertrouwensleer, die is neergelegd in art. 3:33 en 3:35 BW.

overtuiging gaat de enkele afspraak over de beloningswijze doorgaans niet zover dat de opdrachtgever erop mocht vertrouwen dat partijen daarmee overeenstemming hebben bereikt dat het niet-werken (sowieso) voor risico van de opdrachtnemer komt.²⁴⁸ Wel is het zo dat nog altijd sprake is van een resultaatsverbintenis. De gevolgen van de aard en inhoud van de overeenkomst voor de vraag in wiens risicosfeer de oorzaak van de verhindering valt, waaronder het resultaatkarakter, bespreek ik uitgebreider bij de volgende toerekeningsgrond: de verkeersopvattingen.

2.4.2.4 Toerekening krachtens verkeersopvattingen

Op de verkeersopvattingen wordt met name een beroep gedaan in twijfelgevallen; als de andere drie toerekeningsgronden geen uitsluitel geven, wordt het antwoord op de vraag wie voor de oorzaak van het niet-werken het risico draagt, ingevuld aan de hand van de verkeersopvattingen.²⁴⁹ Juist in dergelijke grijze gevallen biedt het recht echter niet altijd een pasklare oplossing of is het achterhalen van de opvatting in het verkeer, om deze vervolgens juridisch in te bedden, ingewikkeld.²⁵⁰ De wetgever heeft de praktijk in dit opzicht geen dienst bewezen, nu hij zich niet duidelijk heeft uitgelaten over wat met het begrip 'verkeersopvattingen' wordt bedoeld of beoogd en waar de inhoud van de verkeersopvattingen kan worden achterhaald.²⁵¹ Slechts in algemene zin blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de aard van de overeenkomst en de strekking daarvan beslissend zijn in verband met de heersende opvattingen. Als dit geen opheldering biedt, komt het aan op de vraag of de opdrachtgever (schuldeiser) het risico van de belemmerende omstandigheid billijkheidshalve moet dragen.²⁵² Een strikte lezing van de wetsgeschiedenis zou meebrengen dat de 'heersende opvatting' en een 'billijk oordeel' naast – en misschien zelfs los van – elkaar staan. Ik interpreteer dit ruimer en denk juist dat een nauwe band tussen deze twee bestaat: (de juridische inbedding van) de verkeersopvattingen zal doorgaans hand in hand gaan met een billijk oordeel.²⁵³ Niet voor niets is het de taak van de rechter om aan de hand van de toerekeningseis de grenzen van het schuldeisersverzuim af te baken, zodat een redelijke uitkomst wordt bereikt.²⁵⁴

Om te bezien of de oorzaak van het niet-werken krachtens verkeersopvattingen redelijkerwijs meer voor risico van de opdrachtgever (schuldeiser) of opdrachtnemer (schuldenaar)

248 Zeker als de opdrachtgever de sterkere partij is (en de contractuele afspraken eenzijdig heeft opgesteld), zal hij niet snel een geslaagd beroep kunnen doen op het gerechtvaardigd vertrouwen (vgl. Grosheide & Van der Neut, *TAC* 2022/2).

249 Overigens loopt in de literatuur de discussie of toerekening krachtens verkeersopvattingen subsidiair is aan toerekening krachtens wet en rechtshandeling. Zie daarover Memelink 2009, p. 173 e.v.

250 Memelink 2009, p. 69 en 132 e.v.; Memelink, *AA* 2010/0658.

251 Memelink 2009, p. 2; Memelink, *AA* 2010/0658.

252 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 222 e.v.

253 Voor mijn betoog is irrelevant of de verkeersopvattingen moeten worden gezien als een (sociaal) feit, een normatieve opvatting of een combinatie van beide. Om die reden meng ik mij niet in deze discussie. Zie voor een bespreking daarvan (en de verhouding tussen de 'verkeersopvattingen' en een 'billijke uitkomst') Memelink 2009, p. 122-124, 200-201 en 228-229. Zie voor een kritische reflectie op de door Memelink getrokken conclusie Tjong Tjin Tai, *MvV* 2010/1.7.

254 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 222.

komt, moeten de partijbelangen tegen elkaar worden afgewogen.²⁵⁵ In die afweging kan bijvoorbeeld meespelen dat de opdrachtgever (schuldeiser) de verhindering zag aankomen en kon beïnvloeden, maar ook dat de opdrachtnemer (schuldenaar) al investeringen heeft gedaan, kosten heeft gemaakt door bepaald materiaal te huren, andere opdrachten heeft moeten afzeggen of in economische afhankelijkheid van de opdrachtgever verkeert.²⁵⁶ Bij de oordeelsvorming omtrent deze risicoverdeling is niet de partijwil of de persoonlijke overtuiging van de rechter doorslaggevend, maar de opvatting die op dat moment in het verkeer geldt.²⁵⁷ Het zal niet verbazen dat de afhankelijkheid van de omstandigheden van het geval ertoe leidt dat een algemene regel wanneer krachtens verkeersopvattingen de oorzaak van het niet-werken aan de opdrachtgever (schuldeiser) is toe te rekenen, eigenlijk niet is te geven.²⁵⁸ Er kunnen echter wel gezichtspunten aan het algemene verbintenissenrecht worden ontleend die kunnen bijdragen aan deze oordeelsvorming.²⁵⁹ Zo kan worden gekeken naar (i) voorzienbare risico's, (ii) het profijt- en beïnvloedingsbeginsel en (iii) de aard (en inhoud) van de overeenkomst.²⁶⁰ Hier ga ik nader op in.

Als een partij wordt geconfronteerd met een gebeurtenis die voor haar objectief voorzienbaar was en de uitvoering van het werk verhindert, dan komt deze gebeurtenis krachtens verkeersopvattingen in principe voor haar rekening.²⁶¹ In dit verband kan van belang zijn of de desbetreffende partij een redelijke mogelijkheid had zich tegen het ingetreden risico te verzekeren.²⁶² Ik wil niet zover gaan dat een opdrachtgever (schuldeiser) die is verzekerd tegen een risico dat uiteindelijk tot het niet-werken van de opdrachtnemer (schuldenaar) leidt, aan de opdrachtgever kan worden toegerekend puur vanwege de verzekering.²⁶³ Het gaat in mijn ogen om de verzekerbaarheid: als de opdrachtgever (schuldeiser) zich als enige of veel eenvoudiger dan de opdrachtnemer (schuldenaar) tegen een bepaalde omstandigheid kan verzekeren, kan dit naar mijn mening een opening bieden voor het vinden van een verkeersopvatting over de risicoverdeling.²⁶⁴

255 In algemene zin overwoog de HR dat de rechten en verplichtingen van partijen t.o.v. elkaar niet alleen worden bepaald door hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, maar ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheerst. Op grond daarvan moeten zij hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024 (*Vodafone/ETC*)).

256 *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/129*.

257 Rogmans 2007/16; Memelink 2009, p. 7.

258 *Asser/Sieburgh 6-I 2020/297*.

259 Vgl. Zondag, *NJB* 2003/20; concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2021:1168 voor HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/curator*).

260 In de rechtsliteratuur is eerder op (een deel van) deze gezichtspunten gewezen door o.a. Van Slooten 1999, p. 213; Zondag, *NJB* 2003/20; Streefkerk, *Schuldeisersverzuim (Mon. BW nr. B32c)* 2018/11.3; Houweling 2020, p. 292.

261 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 223.

262 Willeumier 1903, p. 128; Streefkerk, *Schuldeisersverzuim (Mon. BW nr. B32c)* 2018/11.3.

263 Zie anders Van Slooten 1999, p. 210 en 213-214.

264 Vgl. Van Boom, *WPNR* 2001/6441; Rogman 2007/23. Zie ook, zij het een stuk impliciet, Zondag 2001, p. 119-122. Sieburgh meent dat de inhoud van de verkeersopvattingen in zijn volledigheid niet mag worden beïnvloed door de aan- of afwezigheid van een verzekering (Sieburgh 2000, p. 227 e.v.). Hoewel ook ik dit niet bepleit, blijft onduidelijk of in de ogen van Sieburgh het feit dat slechts één van de partijen de (reële) mogelijkheid had zich te laten verzekeren, een rol kan spelen in de zoektocht naar een verkeersopvatting over de risicoverdeling.

Zowel het profijt- als het beïnvloedingsbeginsel vormt het fundament van onder andere artikel 6:76 BW (zie paragraaf 3.4.3.3), dat nadere duiding geeft aan het algemeen geformuleerde overmachtsartikel van artikel 6:75 BW.²⁶⁵ Deze beginselen kunnen ook in het kader van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW) een rol spelen. Het profijtbeginsel legt de verantwoordelijkheid neer bij degene die profijt trekt van een bepaalde handeling. In de wetsgeschiedenis is het denkbeeld te vinden dat de lusten gepaard moeten gaan met de lasten.²⁶⁶ Het beïnvloedingsbeginsel deelt de verantwoordelijkheid toe aan degene die in staat is de verwezenlijking van het risico te beïnvloeden. Dit beginsel hangt samen met het profijtbeginsel: de persoon die profijt trekt, kan meestal ook de risico's beïnvloeden.²⁶⁷ Vanuit deze gedachte zal de oorzaak van het niet-werken vermoedelijk eerder aan de opdrachtgever (schuldeiser) worden toegerekend indien bijvoorbeeld niet wordt gewerkt vanwege onvoldoende orders. De opdrachtgever is namelijk degene die de vruchten plukt als er veel orders zijn (de lusten),²⁶⁸ waardoor de keerzijde daarvan evengoed voor zijn rekening moet komen (de lasten). Bovendien kan de opdrachtgever meer invloed uitoefenen op (het voorkomen van) dit specifieke risico dan de opdrachtnemer. Dat geldt uiteraard niet voor alle risico's.

De aard van de overeenkomst van opdracht bestaat oorspronkelijk uit het dienen van de belangen van de opdrachtgever.²⁶⁹ Vanuit die optiek komt het wellicht logisch voor dat de oorzaak van de verhindering van het niet-werken eerder voor risico van de opdrachtnemer zou komen. Vanwege de variëteit die schuilgaat achter de overeenkomst van opdracht, is het echter zonder bestudering van de feitelijke gang van zaken niet te zeggen of bijvoorbeeld ook sprake is van een ongelijke verhouding tussen partijen en, zo ja, wie in dat geval de zwakkere partij is. De vraag wie in dit opzicht de economisch zwakkere partij is, is niet hét criterium voor toerekening krachtens verkeersopvattingen, maar wel een relevante omstandigheid die in de afweging moet worden betrokken. Er dient in mijn ogen dan ook acht te worden geslagen op de aard van de overeenkomst *in concreto* (de feitelijke casus) in plaats van de aard van de overeenkomst *in abstracto* (het dienen van

265 Memelink 2009, p. 176 en 283 e.v.

266 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 269.

267 Zondag 2001, p. 130-131; Houweling 2020, p. 292-293.

268 Voor het gemak ga ik er bij dit voorbeeld van uit dat de opdrachtnemer geen andere variabele beloning is overeengekomen, zoals winstdeling.

269 Zie impliciet *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, 3, p. 2 en 5, en expliciet in de rechtsliteratuur Bolt & Spier 1996, p. 120; Boot 2005, p. 239-240; Asser/*Tjong Tjin Tai* 7-IV 2022/92. Het al dan niet wederkerige karakter van de overeenkomst van opdracht speelt in deze zin geen rol, omdat het algemene verbintenisrechtelijke uitgangspunt is dat de opdrachtgever (schuldeiser) de prestatie mag weigeren, zolang hij de tegenprestatie maar voldoet (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 219 en 230). De regeling inzake de opdracht wijkt hier niet van af.

de belangen van de opdrachtgever). Rechtsvinding biedt de rechter en rechtswetenschap²⁷⁰ een zekere mate van vrije (beslis)ruimte om *in concreto* – in dit geval aan de hand van de verkeersopvattingen – de genoemde diversiteit van denkbare situaties in ogenschouw te nemen en daarbij rekening te houden met de ontwikkelingen in zowel het recht als de maatschappij.²⁷¹ Daarom ben ik van mening dat bijvoorbeeld de hoedanigheid van partijen een rol kan spelen bij het toerekeningsvraagstuk in het kader van schuldeisersverzuim. De verkeersopvattingen laten daar alle ruimte toe, nu het juridische begrip ‘toerekening krachtens verkeersopvattingen’ concrete nadere invulling behoeft.²⁷²

De vraag is of hetgeen in de vorige alinea is beschreven, anders ligt bij de opdrachtnemer die een resultaatsverbintenis op zich heeft genomen, waarbij wederom kan worden gedacht aan onder andere de pakketbezorger (zie paragraaf 2.4.2.3). Ik meen dat in die situatie bepaalde oorzaken die het werken verhinderen, wel degelijk voor risico van de opdrachtnemer komen vanwege de aard van de verbintenis, maar zeker niet *alle* oorzaken. Als dat namelijk wel zo zou zijn, dan zou dit betekenen dat de opdrachtgever zijn gehele ondernemersrisico op dit gebied – en dus ook zijn normale bedrijfsrisico in dit kader – kan afwentelen op de opdrachtnemer door het afspreken van een zeker resultaat. Weliswaar heeft de resultaatsverbintenis-opdrachtnemer een bepaald risico op zich genomen, namelijk het risico minder of niet betaald te krijgen indien hij niet (goed) presteert, maar neemt hij niet alle (andere) economische risico's van de onderneming van de opdrachtgever over. In bijvoorbeeld de bezorgingsbranche gaan partijen er – misschien wel onterecht – van uit dat het niet-werken (volgens verkeersopvattingen) voor rekening van de resultaatsverbintenis-opdrachtnemer (schuldenaar) komt. Dat er in de zomer geen of minder pakketten zijn vanwege vakantie, is als het ware *all in the game*: de opdrachtnemer kan dit overzien en zich daarop voorbereiden, wat past bij het ondernemersrisico dat hij in dit kader is aangegaan. Dit kan naar mijn mening niet worden gezegd indien geen pakketten kunnen worden bezorgd door bijvoorbeeld een staking van het personeel van de toeleverancier van de opdrachtgever in de decembermaand, de maand waarin in principe de meeste pakketten worden bezorgd. Het leerstuk van schuldeisersverzuim is er nu juist om in dergelijke gevallen bescherming te bieden aan de opdrachtnemer (schuldenaar). In mijn ogen is de conclusie dat het risico van niet-werken voor rekening van de resultaatsverbintenis-opdrachtnemer komt, enkel omdat hij een resultaatsverplichting heeft, daarom te eenvoudig en ongenueanceerd.²⁷³ Dat het niet-werken (altijd) voor risico

270 Rechtsvinding is niet voorbehouden aan de rechter; rechtswetenschap is immers rechterlijke rechtsvinding (*Asser/Vranken Algemeen deel***** 2014/8). Daarmee zeg ik niet dat er geen verschillen bestaan tussen rechtsvinding door de rechter en de rechtswetenschapper (zie daarover *Asser/Vranken Algemeen deel***** 2014/5, 36 en 181). Zo is een fundamenteel verschil dat de rechter zich richt op een maatschappelijk aanvaardbaar oordeel binnen de elastische grenzen van het recht, terwijl een rechtswetenschapper verder kan gaan door bijv. te zoeken naar een redelijke, op de behoeften van de praktijk afgestemde uitleg (*Asser/Vranken Algemeen deel***** 2014/8 en 114). In deze studie zijn de verschillen relatief klein, omdat ik vooral bekijk of binnen de huidige grenzen van het verbintennisrecht bescherming aan de opdrachtnemer aan de onderkant kan worden geboden.

271 Wiarda 1999, p. 22-23; Memelink 2009, p. 56; *Asser/Vranken Algemeen deel***** 2014/8.

272 Memelink 2009, p. 8, 23 en 56-57; Memelink, AA 2010/0658.

273 Daar komt bij dat uit onderzoek blijkt dat stukloon m.n. voorkomt bij relatief eenvoudig werk dat door veel mensen kan worden gedaan, waardoor dit leidt tot relatief lage lonen en een relatief zwakke onderhandelingspositie van de opdrachtnemer (Panteia 2013, p. 12).

van de resultaatsverbintenis-opdrachtnemer komt, wellicht aansluit bij hoe de branche dit zelf ervaart, maakt nog niet dat de huidige gang van zaken daarmee per definitie overeenkomt met de verkeersopvattingen.²⁷⁴ Met andere woorden: ik acht het mogelijk dat de resultaatsverbintenis-opdrachtnemer in sommige gevallen onterecht aanneemt dat hij geen loonaanspraak heeft over de niet-gewerkte periode.

Tegen de achtergrond van de drie uitgewerkte gezichtspunten kunnen verschillende oorzaken voor niet-werken worden gegroepeerd in categorieën. In de rechtsliteratuur zijn de volgende categorieën onderscheiden: (a) persoonlijke oorzaken, (b) voorzienbare gebeurtenissen en (c) exceptionele gebeurtenissen.²⁷⁵ Op dit onderscheid bouw ik hierna verder, waarbij ik per categorie zal aangeven of deze in beginsel voor risico van de opdrachtgever (schuldeiser) komt met als gevolg dat hij het loon van de opdrachtnemer bij niet-werken moet (door)betalen.²⁷⁶

Als de werkzaamheden niet worden verricht vanwege een persoonlijke of in de levenssfeer liggende omstandigheid van de opdrachtgever, komt dit doorgaans voor zijn rekening. Een voorbeeld hiervan is als de opdrachtnemer (schuldenaar) de werkzaamheden niet verricht, omdat de opdrachtgever (schuldeiser) ziek is. Daarnaast kan de prestatie van de opdrachtnemer (schuldenaar) worden belet door de in de opdrachtgevers (schuldeisers) risicosfeer liggende gedragingen van derden, feiten of gebeurtenissen. Hierbij kan worden gedacht aan een werknemer van de opdrachtgever die de deur niet opendoet, omdat hij dit vergeet of niet gelooft dat de opdrachtnemer werkzaamheden komt verrichten. Ook valt te denken aan een staking van de werknemers van de opdrachtgever. In beide gevallen wordt de opdrachtnemer verhinderd het kantoor te betreden en wordt het hem daarmee onmogelijk gemaakt de opdracht uit te voeren.²⁷⁷ Het behoeft geen betoog dat niet altijd is aan te geven of een bepaalde oorzaak in de persoonlijke levenssfeer van de opdrachtgever (schuldeiser) valt.²⁷⁸

De gebeurtenissen die voor de opdrachtgever voorzienbaar waren en leiden tot het (gedeeltelijk) niet meer kunnen verrichten van de werkzaamheden, komen in principe voor zijn rekening.²⁷⁹ Het gaat erom dat van een 'normale' opdrachtgever (schuldeiser) mag worden verwacht dat hij op het moment van contractsluiting rekening heeft gehouden met deze gebeurtenis, die hij toen al kon zien aankomen;²⁸⁰ het was een reële mogelijkheid

274 Memelink 2009, p. 1, 7 en 8.

275 Zondag 2001, p. 126 e.v. en 601-602; Houweling 2020, p. 296, die deze groeperingen uit het algemene verbintenisrecht hebben gedistilleerd in het kader van art. 7:628 BW.

276 Ik noem slechts de hoofdregels. De omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat van zo'n hoofdregel moet worden afgeweken.

277 Beide voorbeelden zijn ontleend aan bestaande rechtspraak, namelijk HR 6 november 1959, ECLI:NL:HR:1959:168 (*Hessel/Rombout*) en HR 7 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB9771 (*Wielemaker/De Schelde*).

278 Vgl. Van Slooten 1999, p. 209 en 215.

279 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 223.

280 Bijzondere kennis aan de zijde van de opdrachtgever (schuldeiser) kan m.i. in aanmerking worden genomen. De hoedanigheid kan in dit opzicht dus een rol spelen en leiden tot differentiatie. Ik zie wat van een 'normale' opdrachtgever (schuldeiser) in het algemeen voorzienbaar is als ondergrens (objectieve voorzienbaarheid), waarbij deze grens hoger kan komen te liggen door bijv. bijzondere kennis (subjectieve voorzienbaarheid).

dat de verhindering zou intreden en de opdrachtgever (schuldeiser) kon op de gevolgen daarvan anticiperen.²⁸¹ Als de opdrachtnemer de werkzaamheden niet kan verrichten, omdat de opdrachtgever (schuldeiser) onvoldoende orders heeft of materiaal met een technisch mankement, is dat doorgaans voor de opdrachtgever voorzienbaar en behoort dat tot zijn normale bedrijfsrisico's, waardoor het niet-werken aan de opdrachtgever kan worden toegerekend. Ook valt te denken aan vorst in de winter met als gevolg dat de opdrachtgever (een deel van) zijn bedrijfsactiviteiten niet kan uitvoeren.²⁸²

Tegenover de voorzienbare gebeurtenissen staan de exceptionele gebeurtenissen. Deze komen van buitenaf en zijn voor de opdrachtgever (schuldeiser) in beginsel niet voorzienbaar.²⁸³ Hierbij kan worden gedacht aan een overstroming, brand, door de overheid genomen oorlogsmaatregelen en virusziekten die het werken onmogelijk maken.²⁸⁴ Deze gebeurtenissen kunnen veelal niet aan de opdrachtgever worden toegerekend in het kader van schuldeisersverzuim, nu niet kan worden gesproken van een 'normaal' bedrijfsrisico (of ondernemersrisico). Van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW) is dan geen sprake, waardoor het wettelijke kader in principe ertoe leidt dat van toerekening aan de zijde van de opdrachtgever (schuldeiser) geen sprake is en de opdrachtnemer op deze grond dus geen loonaanspraak over de niet-gewerkte periode heeft. In uitzonderlijke situaties zou de redelijkheid en billijkheid kunnen corrigeren en wellicht kunnen leiden tot een proportionele verdeling. Dergelijke gebeurtenissen zijn immers evenmin aan de opdrachtnemer (schuldenaar) toe te rekenen en bevinden zich als het ware in een neutrale zone die op de grenslijn van beide risicosferen ligt.²⁸⁵ In paragraaf 2.5.2.2 analyseer ik de zojuist geschetste 'alles-of-niets-benadering' en de mogelijke correcties daarop nader.

2.4.2.5 Afrondende bevindingen

Ik heb in paragraaf 2.4.2 stilgestaan bij de vraag hoe schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW) moet worden gelezen en toegepast in de situatie dat de opdrachtnemer (schuldenaar) op grond daarvan loon claimt over niet-verrichte werkzaamheden, omdat volgens hem de oorzaak van het niet-werken aan de opdrachtgever is toe te rekenen. De invulling van het juridische begrip 'toerekening' is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit heeft als voordeel dat bij deze invulling rekening kan worden gehouden met onder andere de hoedanigheid van partijen en hun onderlinge verhouding, die telkens weer anders kunnen liggen vanwege de verscheidenheid aan type opdrachtnemers (en opdrachtgevers). Een (ander) voordeel voor de opdrachtnemer is de bewijstechnische kwestie: schuldeisersverzuim staat in principe vast als de opdrachtnemer (schuldenaar) stelt, en zo nodig bewijst, dat het verrichten van werkzaamheden werd verhinderd doordat de opdrachtgever (schuldeiser) de noodzakelijke medewerking niet verleende of doordat

281 Meijers 1918, p. 138; Levenbach 1923, p. 118; Asser/Sieburgh 6-I 2020/354.

282 In dit kader wordt nog altijd gewezen op het aloude vonnis rb. Groningen 19 november 1915, ECLI:NL:RBGRO:1915:6, waarin het aan de koper werd toegerekend dat hij de gekochte aardappelen niet tijdig had opgehaald, omdat vorst in deze periode van het jaar niet abnormaal was.

283 Wat wel en niet normaal is (en daarmee dus ook wat wel en niet exceptioneel is), kan per oorzaak en per (soort) opdrachtgever (schuldeiser), waaronder de branche waarin hij opereert, verschillen.

284 Zie voor meer voorbeelden Goedmakers 1998, p. 181 e.v.

285 Vgl. Zondag 2001, p. 136; Houweling 2020, p. 307.

een ander beletsel van de zijde van de opdrachtgever (schuldeiser) opkomt. Het is dan aan de opdrachtgever (schuldeiser) om te bewijzen dat de oorzaak van het niet-werken niet aan hem kan worden toegerekend en de verplichting tot het moeten (door)betalen van het loon over de niet-gewerkte periode daarom ontbreekt.

Het leerstuk schuldeisersverzuim lijkt de opdrachtnemer (schuldenaar) een krachtig wapen te geven in het licht van zijn inkomensbescherming. De opdrachtnemer (schuldenaar) kan op basis hiervan onder omstandigheden aanspraak maken op loon, ondanks het wegvallen van de werkzaamheden aan de zijde van de opdrachtgever. Schuldeisersverzuim vormt echter tegelijkertijd een onzekere figuur. Hoewel ik enkele gezichtspunten heb uitgewerkt die enigszins houvast kunnen bieden, luidt de conclusie dat de toerekeningseis bepaald niet uitblinkt in duidelijkheid. De in de rechtsliteratuur aangebrachte categorisering maken de toerekeningsgrond verkeersopvattingen weliswaar inzichtelijker, maar daarmee niet automatisch duidelijker. Wat wel en niet toerekenbaar is, blijft doorgaans tamelijk vaag, bijvoorbeeld wanneer een bepaalde gebeurtenis voorzienbaar of exceptioneel is, wat ook weer per oorzaak en per bedrijf verschilt.²⁸⁶ Feitenrechtspraak ontbreekt nagenoeg geheel. Mede in dit kader zou voor de invulling van het begrip 'toerekening' misschien kunnen worden aangesloten bij de wijze waarop het arbeidsovereenkomstenrecht hiermee omgaat, dat met artikel 7:628 BW een eigen artikel kent omtrent de risicoverdeling (zie paragraaf 2.5.2.1). Als die aansluiting mogelijk blijkt, dan zijn daarmee nog niet alle problemen verdwenen. Of de periode waarin de werkzaamheden niet worden verricht door een oorzaak die eventueel aan de opdrachtgever (schuldeiser) is toe te rekenen, nu kort of lang is, in beide gevallen zijn er (specifieke) risico's. Bij een korte periode van bijvoorbeeld één of twee dagen is het denkbaar dat de opdrachtnemer het financiële belang te klein vindt om de (goede) relatie met de opdrachtgever te verstoren, net als bij de wettelijke (handels)rente (zie paragraaf 2.4.1.3).²⁸⁷ Hoe langer de periode wordt, hoe groter de kans wordt dat de opdrachtnemer het risico neemt de (goede) relatie met de opdrachtgever op het spel te zetten door het loon over de niet-verrichte werkzaamheden te vorderen. Hier dient zich een ander probleem aan: als het van tevoren aannemelijk is dat de opdracht gedurende een zekere periode niet kan worden uitgevoerd, zal de opdrachtgever vermoedelijk snel de overeenkomst met de opdrachtnemer opzeggen, gezien zijn ruime opzegbevoegdheid (zie paragraaf 4.2.1). De periode waarover de opdrachtnemer dan loon kan vorderen, is alsnog betrekkelijk kort. Deze gang van zaken deed zich bijvoorbeeld voor aan het begin van de coronacrisis; opdrachtgevers zegden de overeenkomsten met opdrachtnemers massaal op.²⁸⁸ De inkomensbescherming die schuldeisersverzuim kan bieden, zou als het ware een

286 Van Slooten noemt als voorbeeld de volgelgriep: bij een pluimveebedrijf werd deze griep niet als exceptioneel risico beschouwt (rb. Noord-Holland 4 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2222), terwijl dit anders zou kunnen liggen wanneer een bedrijf wordt getroffen dat toevallig binnen een gebied ligt waarvoor als gevolg van vogelgriep een betredingsverbod geldt (Van Slooten, *JAR* 2020/156).

287 Ook in dit kader geldt dat m.n. de opdrachtnemer die in een economisch afhankelijke positie verkeert, waarschijnlijk niet zal riskeren de opdracht te verliezen door bij de opdrachtgever aanspraak te maken op loon over de niet-verrichte werkzaamheden, terwijl juist deze opdrachtnemer economisch afhankelijk is van dit loon (zie ook par. 2.4.1.3). Dit wordt des te problematischer op het moment dat de opdrachtnemer een laag tarief verdient ter hoogte van bijv. het minimumloon en dus een versterkt belang heeft bij het ontvangen van zijn loon.

288 *Kamerstukken II* 2019/20, 31 311, 235, p. 2; Diris, Jongen & Van Vliet 2022.

lege huls worden als de opdrachtgever de overeenkomst met onmiddellijke ingang kan opzeggen. Met andere woorden: de inkomensbescherming kan bij een langere periode waarin er geen werkzaamheden worden verricht door een oorzaak die aan de opdrachtgever is toe te rekenen, niet los worden gezien van de bescherming die een opzegtermijn kan bieden (zie paragraaf 4.2.2 en 4.3.2).

2.5 Het loon van de opdrachtnemer: een analyse van andere bijzondere regelingen

De regelingen inzake de aanneming van werk, de arbeidsovereenkomst en de agentuurovereenkomst kennen veel bepalingen op het gebied van loon en kunnen ter vergelijking dienen met de overeenkomst van opdracht. Deze regelingen bepalen onder andere het recht op loon, het betalingstijdstip, de plaats van betaling, de vorm of wijze van betaling en het verstrekken van informatie over het loon.²⁸⁹ Na de bestudering van deze regelingen ben ik tot de conclusie gekomen dat vanuit het perspectief van het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant alleen de regeling inzake de arbeidsovereenkomst zinvol is om in het kader van het thema loon nader onder de loep te nemen. Gezien het doel van mijn onderzoek en de centrale vraagstelling, die zich concentreert op de mate waarin het verbintenissenrecht binnen de huidige kaders de opdrachtnemer aan de onderkant bescherming kan bieden ten aanzien van onder meer het thema loon, richt ik mij slechts op de navolgende twee onderwerpen.

Eerst ga ik in op de wettelijke verhoging bij een te late loonbetaling (paragraaf 2.5.1). In paragraaf 2.4.1 constateerde ik onder andere dat de wettelijke (handels)rente bij te late loonbetaling (artikel 6:119 e.v. BW) te laag is om de relatie met de opdrachtgever op het spel te zetten, terwijl de opdrachtnemer geen andere individuele pressiemiddelen voorhanden heeft om tijdige én correcte loonbetaling af te dwingen. Het arbeidsovereenkomstenrecht kent wel een zodanig middel, waarmee de wettelijke verhoging bij niet-tijdige loonbetaling kan oplopen tot maximaal 50% van de uitstaande betaling (artikel 7:625 BW). Tegen de achtergrond van dit artikel kom ik tot de slotsom dat een aantal opdrachtnemers ook de bescherming van een dergelijk mechanisme verdient, maar dat de mogelijkheid tot een analoge toepassing twijfelachtig is (paragraaf 2.5.1).

Daarna bespreek ik de risicoverdeling bij niet-werken (paragraaf 2.5.2). Het leerstuk schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW) kan de opdrachtnemer (schuldenaar) over een niet-gewerkte periode het recht op loon geven, maar door onder meer de onzekerheid die achter het toerekeningsvraagstuk schuilgaat, kan dit recht aan kracht inboeten, zo blijkt uit paragraaf 2.4.2. In dit kader kan voor de invulling van het begrip 'toerekening' onder omstandigheden worden aangesloten bij de wijze waarop het arbeidsovereenkomstenrecht hiermee omgaat (artikel 7:628 lid 1 BW). Daarnaast blijkt dat de opdrachtnemer die zijn werkzaamheden niet kan verrichten door een exceptionele gebeurtenis, slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden een loonaanspraak zal hebben op grond van het leerstuk van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW).

²⁸⁹ Zie t.a.v. de aannemingsovereenkomst o.a. art. 7:752, 7:753, 7:755, 7:757 en 7:760 BW, t.a.v. de arbeidsovereenkomst o.a. art. 7:616-633 en 7:655 BW en t.a.v. de agentuurovereenkomst o.a. art. 7:431-435 BW.

Hoewel er meer onderwerpen zijn die op zijn minst raakvlakken vertonen met het thema loon, ben ik op zoek naar analogieën die het debat in het kader van de verhouding opdrachtgever-opdrachtnemer aan de onderkant verder kunnen brengen en niet naar een algemene bespiegeling van hoe de verschillende loonbepalingen in het BW zich tot elkaar verhouden.²⁹⁰ Met dit in het achterhoofd ben ik tot de bovenstaande twee regelingen (artikel 7:625 en 7:628 BW) gekomen, die beide behulpzaam (kunnen) zijn voor de beantwoording van de vraag op welke wijze de opdrachtnemer de betaling van de financiële tegenprestatie kan afdwingen. Overigens blijft de WML in deze paragraaf buiten beschouwing, omdat ik deze wet al uitgebreid heb besproken in paragraaf 2.3.1.²⁹¹

2.5.1 De wettelijke verhoging van artikel 7:625 BW

Het kan voorkomen dat de werkgever in zijn geheel het loon niet heeft voldaan, maar het is ook denkbaar dat hij – al dan niet bewust – te weinig loon heeft betaald, bijvoorbeeld omdat hij geen rekening heeft gehouden met het minimumloon of het cao-loon of meent dat de werkzaamheden niet adequaat zijn uitgevoerd. Het arbeidsovereenkomstenrecht geeft de werknemer een dwingendrechtelijke aanspraak op een wettelijk vastgestelde verhoging als de werkgever het volledige loon niet tijdig voldoet (artikel 7:625 BW). Deze verhoging begint automatisch te lopen vanaf de vierde dag dat de werkgever te laat is met de voldoening van het loon.²⁹² Voor de vierde tot en met de achtste werkdag bedraagt dit 5% per dag en voor elke volgende werkdag 1%, waarbij een maximale verhoging van 50% van het uitstaande bedrag geldt (artikel 7:625 lid 1 BW).²⁹³ Een te late betaling kan zodoende leiden tot (relatief) grote financiële gevolgen.²⁹⁴ Wel heeft de rechter de discretionaire bevoegdheid de verhoging te matigen tot ieder bedrag dat hem met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt (artikel 7:625 lid 1 BW).²⁹⁵

290 Ter illustratie: andere regelingen kennen bijv. bepalingen voor het geval dat partijen de hoogte van het loon niet zijn overeengekomen, net als art. 7:405 lid 2 BW (zie par. 2.2). Anders dan bij de overeenkomst van opdracht wordt bij bijv. aanneming van werk niet eerst gekeken naar het op gebruikelijke wijze berekende loon, maar direct naar wat een redelijke prijs is (art. 7:752 lid 1 BW). De verklaring voor dit verschil is dat het bij aanneming van werk goed denkbaar is dat de aannemer buitensporig hoge prijzen rekent. Nogmaals: dit is een interessante constatering op zichzelf bezien, maar brengt het debat m.b.t. de opdrachtnemer niet verder, waardoor dit onbesproken blijft.

291 Hierdoor bespreek ik ook het wettelijke huurprijzenstelsel niet, dat min of meer kan worden gezien als de huurrechtelijke variant van de WML, maar dan omgekeerd: i.p.v. een minimumloon een maximale huurprijs en huurprijsverhoging ter bescherming van de zwakkere huurder.

292 Wel is vereist dat dit niet-voldoen aan de werkgever is toe te rekenen (art. 7:625 lid 1 BW). Hierbij wordt aangesloten bij toerekenbaarheid in de zin van art. 6:75 BW (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, 3, p. 23) en daarmee in wezen dus ook bij de in par. 2.4.2 uitgewerkte toerekeningsgronden.

293 Als de werkgever na 33 dagen het loon nog steeds niet heeft betaald, wordt het maximum van 50% bereikt.

294 Boot 2005, p. 129, 132 en 136; Houweling 2020, p. 276.

295 In de praktijk blijkt dat de rechter de wettelijke verhoging vaak matigt (Houweling 2020, p. 277).

De wettelijke verhoging is bedoeld als prikkel voor de werkgever om het loon tijdig en correct te betalen en geeft de werknemer een extra versterking op een stipte loonbetaling.²⁹⁶ Bij deze ratio past een krachtige verhoging als het loon niet tijdig wordt betaald.²⁹⁷ In een ongelijke verhouding als die tussen werkgever en werknemer kan het voor de werkgever immers verleidelijk zijn de loonbetaling uit te stellen, in de wetenschap dat werknemers niet vaak zullen ageren.²⁹⁸ De gevolgen daarvan zijn voor de werknemer doorgaans ernstiger dan de gevolgen van niet-nakoming voor een schuldeiser in een 'normale' contractuele relatie onder 'normale' omstandigheden,²⁹⁹ nu een niet-tijdige betaling van het loon een werknemer diep kan raken in zijn leefomstandigheden.³⁰⁰ Dit kan zich ook voordoen ten aanzien van de opdrachtnemer aan de onderkant, zoals reeds besproken in paragraaf 2.4.1.2. Daarin kwam onder meer naar voren de economische afhankelijkheidspositie waarin de opdrachtnemer tegenover de opdrachtgever kan verkeren. Ook bleek dat de opdrachtnemer soms niets anders 'kan' dan (nogmaals) te vragen of het loon kan worden betaald, terwijl hij mogelijk afhankelijk is van deze betaling om in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien en andere vaste verplichtingen te kunnen voldoen. Gelet hierop is de strekking van artikel 7:625 BW *mutatis mutandis* ook van toepassing op de opdrachtnemer aan de onderkant, zeker nu ik heb vastgesteld dat juist deze opdrachtnemer economisch afhankelijk is van een tijdige en correcte loonbetaling en de wettelijke handelsrente te laag is om effectief te kunnen zijn (zie paragraaf 2.4.1.3), waardoor hij in dit kader dus een structureel en wezenlijk risico loopt om in zijn bestaansrecht te worden aangetast.

Onduidelijk is echter of een analogische toepassing van deze arbeidsovereenkomstrechtelijke regel op de opdrachtnemer aan de onderkant *contra legem* zal zijn. Daaronder versta ik slechts de toepassingen van rechtsregels die niet met de tekst, de geschiedenis, het systeem en de strekking van de wet in overeenstemming zijn en zodoende duidelijk ingaan tegen wat de wetgever tot uitdrukking heeft willen brengen.³⁰¹ Hoewel ik een ruime definitie hanteer en rechtstoepassingen daarom niet snel *contra legem* zullen zijn, twijfel ik in deze context toch over de mogelijkheid tot toepassing naar analogie. Mijn twijfel komt voort uit hetgeen ik in paragraaf 2.4.1.3 heb besproken: in 2007 werd de wettelijke verhoging bij niet-tijdige betaling van het minimumloon in de WML (artikel 18c WML (oud)) vervangen door de bestuurlijke boete (artikel 18b e.v. WML) en last onder dwangsom (artikel 18n e.v. WML).³⁰² Die vervanging is in de wetsgeschiedenis vergezeld gegaan met de opmerking dat de werknemer nog altijd aanspraak kan maken op een wettelijke verhoging bij niet-tijdige

296 Concl. A-G Langemeijer voor HR 11 februari 1955, ECLI:NL:HR:1955:14 (*Fabron/Pastoor*); HR 5 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7251 (*Swaen/Van Hees*); HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:304 (*Van der Velde/Datawell*). De wettelijke verhoging en wettelijke rente hebben een andere strekking, nu de wettelijke rente de schade beoogt te vergoeden die de werknemer lijdt doordat hij de wettelijke vergoeding waarop hij recht heeft, niet tijdig ontvangt. Deze twee vorderingen kunnen dus naast elkaar bestaan. De rechterlijke matigingsbevoegdheid ex art. 7:625 lid 1 BW biedt volgens de HR voldoende mogelijkheid om een onredelijke cumulatie van de verhoging met de wettelijke rente te voorkomen (zie de eerder in deze voetnoot aangehaalde arresten).

297 HR 5 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7251 (*Swaen/Van Hees*).

298 Van Slooten 1999, p. 122.

299 Met 'normale' omstandigheden bedoel ik dat de schuldeiser (in elk geval) niet in financiële problemen verkeert.

300 Boot 2005, p. 132 en 136.

301 Met deze definitie sluit ik aan bij Wiarda 1999, p. 40.

302 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 678, 3, p. 15-16.

voldoening van het loon uit hoofde van artikel 7:625 BW.³⁰³ Hieruit is lastig af te leiden of de wetgever de gevolgen van deze afschaffing voor de WML-opdrachtnemer niet voor ogen heeft gehad (wat een analoge toepassing mogelijk maakt).³⁰⁴ Het is immers ook mogelijk dat de wetgever de bestuurlijke boete en last onder dwangsom als afdoende bescherming voor deze opdrachtnemer aanmerkte, dan wel van oordeel was dat deze opdrachtnemer een zodanig pressiemiddel niet behoefde, omdat deze opdrachtnemer in de ogen van de wetgever niet zo afhankelijk van de stipte ontvangst van zijn loon was (in welke beide gevallen een analoge toepassing *contra legem* lijkt).

Als een analoge toepassing niet mogelijk blijkt, acht ik wettelijk ingrijpen om voornoemde redenen rechtvaardig. Kort gezegd is de nood tot tijdige en correcte betaling voor de opdrachtnemer aan de onderkant hoog; zijn risico is in dit kader substantieel en structureel van aard.³⁰⁵ De wijze waarop de wetgever dit kan aanvliegen en welke opdrachtnemers onder deze bescherming zouden moeten vallen, valt buiten het bestek van deze studie, aangezien de focus van dit onderzoek ligt op de beschermingsmogelijkheden die het verbintenissenrecht binnen de huidige kaders kan bieden. Om toch een eerste bescheiden aanzet te geven, ligt het voor de hand dat de regel die voortvloeit uit artikel 7:625 BW, beter past bij de opdrachtnemer met een laag tarief en minder bij die met een hoog tarief. Aan artikel 7:625 BW ligt immers de gedachte ten grondslag dat de gevolgen van een te late betaling voor een werknemer in verband met het raken van zijn leefomstandigheden, gewoonlijk ernstiger zijn dan voor een schuldeiser in een 'normale' contractuele relatie onder 'normale' omstandigheden. Met name de opdrachtnemer aan de onderkant is voor zijn bestaansrecht afhankelijk van een de stipte en juiste ontvangst van zijn loon, gezien zijn economische positie. Vanuit dat oogpunt zijn de WML-opdrachtnemers die niet tijdig minstens het minimumloon ontvangen, een logische beschermenswaardige groep (zie paragraaf 2.3.1).³⁰⁶ Ook ruimere grenzen zijn denkbaar, bijvoorbeeld de opdrachtnemer met een tarief onder het maximumdagloon (€ 30 à 35 per uur), zoals is voorgesteld door de SER in het kader van een rechtsvermoeden van werknemerschap (zie paragraaf 2.3.2.2). Daarnaast kan worden gedacht aan de opdrachtnemer die ten minste de helft van zijn totale jaarinkomen via deze opdrachtgever verwerft (zie paragraaf 2.3.2.4) of de verhouding tussen de 'grote' opdrachtgever en de 'kleine' opdrachtnemer, waarvan verschillende voorbeelden zijn genoemd (zie paragraaf 2.4.1.2). Dit afbakeningsvraagstuk is een vraag van (rechts)politieke aard en vergt nader onderzoek.

303 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 678, 3, p. 16.

304 Als een analoge toepassing mogelijk blijkt en partijen een betalingstermijn hebben afgesproken, is het in mijn ogen niet onlogisch dat de wettelijke verhoging ook t.a.v. de opdrachtnemer begint te lopen vanaf de vierde dag dat de opdrachtgever te laat is met de voldoening van het loon. Dit ligt m.i. anders indien partijen geen betalingstermijn zijn overeengekomen. In dat geval dient de betalingsverplichting (op papier) 'terstond' te worden nagekomen (zie par. 2.4.1.2). Het ligt naar mijn mening dan voor de hand dat voor het aanvangsmoment van de wettelijke verhoging wordt aangesloten bij art. 6:119a lid 2 BW (zie par. 2.4.1.2).

305 De Wolff en - meer in algemene zin - Schelhaas beschouwen een algemene wettelijke oplossing in zo'n situatie nodig (De Wolff, *TRA* 2012/82; Schelhaas, *AA* 2018/0681).

306 Het is denkbaar dat de opdrachtgever op grond van de WML te weinig (en daarmee ook te laat het juiste) loon betaalt, omdat hij er niet van op de hoogte is dat de opdrachtnemer onder de WML valt. Als het de opdrachtgever niet is toe te rekenen dat hij hiervan niet op de hoogte was, ligt het m.i. voor de hand dat de rechter de wettelijke verhoging flink matigt of zelfs op nihil stelt.

2.5.2 De risicoregeling bij niet-werken

In deze paragraaf vergelijk ik de positie van de opdrachtnemer ten aanzien van zijn eventuele loonaanspraak bij niet-werken vooral met die van de werknemer,³⁰⁷ om vervolgens te bekijken of hier analogieën in kunnen worden ontdekt. Drie deelonderwerpen passeren daarbij de revue.

Het eerste deelonderwerp betreft de invulling van het begrip 'toerekening' bij niet-exceptionele gebeurtenissen (paragraaf 2.5.2.1). De opdrachtnemer kan op grond van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW) over de niet-gewerkte periode recht op loon hebben indien de oorzaak van het niet-werken aan de opdrachtgever is toe te rekenen. In het arbeidsovereenkomstenrecht is in het kader van schuldeisersverzuim sneller voldaan aan het juridische begrip 'toerekening' (artikel 7:628 lid 1 BW). Onder omstandigheden kan deze invulling ten voordele van de werknemer ook worden toegepast op de opdrachtnemer, waarbij ik schets wanneer welke omstandigheden daartoe aanleiding kunnen geven.

Het tweede deelonderwerp ziet op de verdeling bij exceptionele gebeurtenissen (paragraaf 2.5.2.2). De opdrachtnemer lijkt geen recht te hebben op een loondoorbetaling bij niet-werken als de oorzaak daarvan is gelegen in een exceptionele gebeurtenis. In dat geval is immers geen sprake van schuldeisersverzuim aan de zijde van de opdrachtgever (schuldeiser). Een analyse van het arbeidsovereenkomstenrecht en huurrecht op dit gebied brengt mee dat de opdrachtnemer (schuldenaar) bij exceptionele gebeurtenissen zelden aanspraak lijkt te kunnen maken op een gedeelte van het loon op grond van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW).

Het derde deelonderwerp raakt het regelende karakter van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW) (paragraaf 2.5.2.3). Vanwege dit karakter kunnen de opdrachtgever en opdrachtnemer andersluidende afspraken maken. Naar aanleiding van bepaalde misstanden uit het verleden is de arbeidsovereenkomstrechtelijke variant van schuldeisersverzuim van semi-dwingend recht (artikel 7:628 lid 1 jo. lid 5 en 10 BW). Zo'n karakter lijkt ook passend ten aanzien van in ieder geval de opdrachtnemer aan de onderkant.

2.5.2.1 De invulling van het begrip 'toerekening krachtens verkeersopvattingen'

Een belangrijk loonbeschermingsrecht van de werknemer is de risicoverdeling van artikel 7:628 lid 1 BW: de werknemer behoudt zijn recht op loon indien hij de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij het geheel of gedeeltelijk niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor zijn rekening behoort te komen.³⁰⁸ Het uitgangspunt is dat de werknemer bereid is de werkzaamheden te verrichten

³⁰⁷ De aannemer, handelsagent en huurder behandel ik in deze paragraaf slechts zeer summier.

³⁰⁸ Tot 1 januari 2020 luidde de regel als volgt: geen arbeid, geen loon, tenzij de oorzaak van het niet-werken in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen (art. 7:627-628 BW (oud)). Met de wijziging sinds de genoemde datum is geen inhoudelijke verandering van de risicoverdeling beoogd (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 87-88; HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/curator*)). Deze regel is van toepassing op zowel het naar tijdruimte vastgestelde loon als het loon dat op andere wijze dan in tijdruimte wordt vastgesteld (art. 7:628 lid 1 en 3 BW), zoals stukloon.

en dat het niet verrichten daarvan voor risico van de werkgever komt.³⁰⁹ Ten aanzien van de handelsagent geldt een soortgelijke bepaling (artikel 7:435 lid 1 BW).³¹⁰ Het probleem waar ik bij de overeenkomst van opdracht tegen aanliep (zie paragraaf 2.4.2), speelt ook met betrekking tot de agentuurovereenkomst: er is op dit terrein nagenoeg geen jurisprudentie en doctrine voorhanden, waardoor voor de invulling van het begrip 'toerekening' in het kader van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW) geen aansluiting kan worden gezocht bij de regeling inzake agentuur. Om die reden ligt in het vervolg van deze paragraaf de focus op de wijze waarop artikel 7:628 lid 1 BW al dan niet behulpzaam kan zijn bij het toerekeningsvraagstuk van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW).

Kort gezegd gaat het bij artikel 7:628 lid 1 BW om een risicoverdeling naar billijkheid: er moet worden bekeken of de oorzaak van niet-werken redelijkerwijs meer in de risicosfeer van de werkgever of de werknemer ligt.³¹¹ Tussen artikel 6:58 en 7:628 lid 1 BW bestaan enkele verschillen, waaronder de contractuele afwijkingmogelijkheden (zie paragraaf 2.5.2.3). Ook worden aan de toerekening van de werkgever verhoudingsgewijs lage eisen gesteld en wordt schuldeisersverzuim aldus sneller aangenomen in vergelijking tot artikel 6:58 BW, voor zover geen sprake is van een exceptionele gebeurtenis (zie paragraaf 2.4.2 en 2.5.2.2).³¹² Oftewel: de niet-exceptionele gebeurtenissen worden veelal ingeschaald aan de kant van '(meer) voor risico van de werkgever (schuldeiser)'. De reden hiervoor is dat het door rechters kennelijk onbillijk wordt gevonden de werknemer (schuldenaar) voor deze omstandigheden te laten 'boeten',³¹³ nu een andere verklaring voor deze gunstigere positie lastig is te achterhalen.³¹⁴ Hoewel er verschillen tussen artikel 6:58 en 7:628 lid 1 BW bestaan, leverde een inventarisatie van Van Slooten de conclusie op dat tussen beide bepalingen geen sprake is van een wezenlijk verschil, maar hooguit van een gradueel verschil.³¹⁵ Het (achterliggende) fundament van beide bepalingen is gelegen in schuldeisersverzuim;³¹⁶

309 Een werkgever die hier anders over denkt, draagt daaromtrent de bewijslast (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 88).

310 Deze bepaling houdt in dat als de handelsagent zijn verplichtingen nakomt of in ieder geval bereid is na te komen, maar de principaal daar geen of in aanzienlijk geringere mate gebruik van maakt, de handelsagent zijn recht op loon behoudt, tenzij de gedraging van de principaal voortvloeit uit omstandigheden die redelijkerwijs niet voor zijn rekening komen (art. 7:435 lid 1 BW). Schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW) vormt het fundament van deze bepaling (Smit 1996, p. 54; Haak & Zwitser 2003, p. 210; *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/355*).

311 HR 10 november 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1657 (*Meijer/De Schelde*); HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3057 (*Van der Gulik/Vissers*); HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/curator*). Zie ook Van Peijpe, *SMA* 1974/3; De Groot, *NJB* 1991/18; Van Slooten 1999, p. 191; Zondag 2001, p. 101 en 106; Zondag, *SMA* 2008/7/8; Houweling 2020, p. 292; Houweling, *MvV* 2020/9.1; Van Slooten, *JAR* 2020/156.

312 Houweling 2020, p. 296-310; concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2021:1168 voor HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/curator*).

313 Deze jurisprudentie is door de wetgever gecodificeerd (*Kamerstukken II* 1993/94, 24 438, 3, p. 25). Van deze gedachte is geen afstand genomen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 87-88).

314 Boot 2005, p. 130-131.

315 Van Slooten 1999, p. 200-201 en 410. Ook Boot lijkt zich in deze conclusie te kunnen vinden (Boot 2005, p. 129 e.v.). Zie voor een volledige bespreking van de overeenkomsten en (detail) verschillen tussen art. 6:58 en 7:628 lid 1 BW Van Slooten 1999, p. 198-201. Zondag heeft hierbij enkele kritische kanttekeningen geplaatst (Zondag 2001, p. 111 e.v.), maar deze spelen in wezen alleen kijkend vanuit art. 7:628 lid 1 BW naar art. 6:58 BW en niet – zoals de door mij gekozen invalshoek – andersom, waardoor dit verder onbesproken blijft.

316 Van Slooten 2018, p. 46; *Asser/Sieburgh 6-I 2020/297*.

artikel 7:628 lid 1 BW kan worden beschouwd als de arbeidsovereenkomstrechtelijke variant van artikel 6:58 BW.³¹⁷ De aard van schuldeisersverzuim ex artikel 6:58 BW en de risicoregeling van artikel 7:628 lid 1 BW tonen in zoverre gelijkenissen dat er voor de invulling van het begrip 'toerekening' in het kader van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW) ruimte lijkt te bestaan om onder omstandigheden aan te sluiten bij de wijze waarop in het arbeidsovereenkomstenrecht wordt omgegaan met de open norm van artikel 7:628 lid 1 BW.

Ondanks de zojuist genoemde ruimte is voorzichtigheid bij zo'n analoge toepassing geboden. Het criterium in wiens risicosfeer een bepaalde omstandigheid meer ligt, leidt namelijk tot een beoordeling aan de hand van de omstandigheden van het geval.³¹⁸ Daarbij moet mede aandacht worden geschonken aan het karakter van (de rechtsverhouding die schuilgaat achter) de overeenkomst, die in het geval van de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht zeker niet altijd met elkaar overeenstemmen. De arbeidsovereenkomst gaat uit van de fictie dat de werknemer de zwakke en afhankelijke partij is.³¹⁹ Vanwege deze positie van de werknemer zijn in de arbeidsovereenkomstrechtelijke jurisprudentie (en doctrine) in het kader van artikel 7:628 lid 1 BW geleidelijk steeds meer oorzaken voor rekening van de werkgever gebracht.³²⁰ Naast de persoonlijke oorzaken van de werkgever kan worden gedacht aan stagnatie in de productie door aanvoerproblemen, onvoldoende werk door economische teruggang of een bedrijfssluiting vanwege vakantie.³²¹ Deze lijn uit de rechtspraak sluit niet alleen aan bij de ratio van artikel 7:628 lid 1 BW, namelijk het verschaffen van inkomenszekerheid aan de werknemer,³²² maar past ook bij het compenseren van de veronderstelde ongelijkheid tussen de werkgever en werknemer. Anders dan bij de arbeidsovereenkomst staat bij de overeenkomst van opdracht op voorhand niet vast of een van de partijen zwakker en afhankelijker is en, zo ja, welke partij dat dan is. Om aan te

317 Van Slooten 1999, p. 193; Zondag 2001, p. 107; Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht* 2021/3.4.1.4. De tekstuele wijziging van art. 7:628 lid 1 BW per 1 januari 2020, waarin – kort gezegd – 'geen arbeid, geen loon, tenzij' (art. 7:627-628 BW (oud)) is vervangen door 'geen arbeid, toch loon, tenzij' (art. 7:628 BW), heeft daar geen verandering in gebracht, aangezien daarmee geen inhoudelijke wijziging is beoogd (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 87-88; HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/curator*)).

318 Zie t.a.v. art. 7:628 BW HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (*Wilco*) en t.a.v. art. 6:58 BW par. 2.4.2. Overigens geldt dit ook voor art. 7:435 lid 1 BW, waarin een grote vrijheid is gelaten om te oordelen aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.

319 Titel 7.10 BW vaart nog altijd op formele ongelijkheid, dat wil zeggen: veronderstelde ongelijkheid. De vraag of er feitelijk een ongelijke verhouding tussen partijen bestaat, is voor de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW) irrelevant. Zie uitgebreider Grosheide & Van der Neut, *TAC* 2021/3.

320 Houweling 2020, p. 296-310; concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2021:1168 voor HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/curator*).

321 Zie voor de vindplaatsen van verschillende uitspraken *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2020/122; Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2020/5.2.2; Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht* 2021/3.4.1.4. Zie voor een uitgebreide bespreking van de omstandigheden die in beginsel voor risico van de werkgever komen Houweling 2020, p. 296 e.v. Overigens worden in de rechtsliteratuur een aantal van deze omstandigheden ook genoemd als voorbeelden van oorzaken die in het kader van art. 7:435 lid 1 BW voor risico van de principaal komen, namelijk: slapte in zaken, stagnatie in de aanvoer van grondstoffen en bedrijfssluiting (Smit 1996, p. 54; Haak & Zwitser 2003, p. 210; Urlus, Charatjan & Christ, *De agentuurovereenkomst (R&P nr. CA16)* 2017/4.11).

322 *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2020/121.

kunnen sluiten bij de invulling die aan artikel 7:628 lid 1 BW wordt gegeven, is het daarom in de eerste plaats van belang dat de opdrachtnemer in een positie verkeert die min of meer is te vergelijken met de afhankelijke positie van de werknemer. De opdrachtnemer aan de onderkant zal doorgaans in zo'n positie verkeren, gezien onder meer zijn lage tarief, dat afhankelijkheid indiceert (zie paragraaf 1.2).

Ook als de opdrachtnemer zich in voornoemde situatie bevindt, kan de invulling uit het arbeidsovereenkomstenrecht ten voordele van de werknemer (schuldeiser) niet klakkeloos worden overgenomen en toegepast op de relatie opdrachtgever-opdrachtnemer in het kader van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW). Of de arbeidsovereenkomstrechtelijke toepassing op de opdrachtnemer aan de onderkant gerechtvaardigd is, houdt in de kern verband met de vragen (i) of deze opdrachtnemer voor het ingetreden risico heeft gekozen of dit risico heeft aanvaard³²³ en, zo nee, (ii) of de omstandigheid van het niet-werken om een andere reden duidelijk in zijn risicosfeer valt. Als deze twee vragen ontkennend worden beantwoord, dan is er in mijn ogen – tegen de achtergrond van artikel 6:58 en 7:628 lid 1 BW – geen reden de gunstige positie van de werknemer niet ook op deze opdrachtnemer toe te passen.³²⁴ Dit vergt enige toelichting. Bij de arbeidsovereenkomst draagt de werkgever het volledige bedrijfs- en ondernemersrisico, in het bijzonder het debiteuren-, prijs- en afzetrisico,³²⁵ terwijl bij de overeenkomst van opdracht beide partijen bepaalde risico's voor hun rekening nemen. Hierdoor dient te worden bekeken of de opdrachtnemer aan de onderkant voor het ingetreden risico – direct of indirect – heeft gekozen of dit heeft aanvaard, dan wel of dit risico om een andere reden duidelijk voor zijn rekening behoort te komen.³²⁶ Zo heeft een resultaatsverbintenis-opdrachtnemer misschien wel het risico van minderwerk aanvaard, maar niet een bedrijfssluiting vanwege stakende werknemers van de opdrachtgever (zie paragraaf 2.4.2).

Uit het voorgaande leid ik af dat het gunstigere regime van artikel 7:628 BW zich niet snel leent voor een analoge toepassing in het geval dat het juridische begrip 'toerekening' in de zin van artikel 6:58 BW moet worden ingevuld. Daarvoor moet immers sprake zijn van een opdrachtnemer die in zekere mate verkeert in een met de werknemer te vergelijken afhankelijke positie, die niet voor het ingetreden risico heeft gekozen, die het ingetreden risico niet heeft aanvaard én waarbij de omstandigheid van het niet-werken ook niet om een andere reden duidelijk in zijn risicosfeer valt. Dit onderstreept nog maar eens dat de

323 Of de opdrachtnemer voor dit risico heeft gekozen of het heeft aanvaard en dus ook de gevolgen heeft overzien of had moeten overzien, is een uitlegkwestie. Het gaat er daarbij niet om wat een partij zelf dacht te zijn overeengekomen. Beslissend is hoe partijen over en weer het overeengekomene redelijkerwijs moesten begrijpen. Zie uitgebreider par. 2.4.2.3.

324 Het gevolg daarvan zou zijn dat als een rechter zo'n zaak krijgt voorgeschoteld, hij de oorzaak van het niet-werken relatief snel aan de opdrachtgever (schuldeiser) toerekent in het kader van art. 6:58 BW, voor zover geen sprake is van een exceptionele gebeurtenis (zie par.2.4.2 en 2.5.2.2). Deze visie wijkt niet af van de bedoeling van de wetgever. Eerder in deze paragraaf constateerde ik immers dat art. 6:58 BW die ruimte laat, nu de (achterliggende) fundamenten van art. 6:58 en 7:628 BW zijn gelegen in schuldeisersverzuim.

325 Koopmans 1962, p. 158-159; Zondag 2001, p. 116.

326 Dat kan ook buiten de economische sferen liggen. Zo kan een technisch mankement mogelijk aan de opdrachtnemer worden toegerekend, omdat hij bijv. werkt met zijn eigen materiaal. Bij de arbeidsovereenkomst zal dit zich niet snel voordoen, omdat de werkgever vrijwel altijd de middelen aan de werknemer ter beschikking stelt.

invulling van het begrip 'toerekening' in het kader van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW) een hoog casuïstisch gehalte heeft.³²⁷ Dat is de logische consequentie van het feit dat het criterium in wiens risicosfeer een bepaalde oorzaak meer ligt, op zichzelf een vaag en open begrip is, waarbij de invulling daarvan sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Een aanpassing van de wet in formele zin lijkt geen geschikt alternatief en wel om de hierna te bespreken reden.

In de wet komen concrete bepalingen voor aan wie een bepaalde omstandigheid moet worden toegerekend, bijvoorbeeld in de regeling inzake aanneming van werk. Daarin is geregeld dat de gevolgen van een ondeugdelijke uitvoering van het werk,³²⁸ die is te wijten aan gebreken of ongeschiktheid van de door de aannemer gebruikte materialen of hulpmiddelen, voor rekening van de aannemer komt (artikel 7:760 lid 1 BW). Met dit artikel wordt een nadere uitwerking en specificatie van het algemeen geformuleerde artikel 6:75 BW gegeven. Een dergelijke wettelijke bepaling, waarin geen ruimte bestaat voor de verkeersopvattingen of omstandigheden van het geval,³²⁹ komt echter onlogisch voor ten aanzien van de overeenkomst van opdracht. Waar de aannemingsovereenkomst in principe een resultaatsverbintenis schept om iets van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, is de overeenkomst van opdracht namelijk veel diverser van aard, waardoor zij zich minder goed laat vangen in dergelijke algemene bepalingen omtrent het toerekeningsvraagstuk.³³⁰ In deze context ligt een andere beoordeling dan aan de hand van de omstandigheden van het geval daarom in mijn ogen niet voor de hand. Wel zou eventueel kunnen worden gedacht aan de vormgeving van zo'n soort bepaling in een standaardregeling (artikel 6:214 BW) of cao (zie paragraaf 2.3.2.3 respectievelijk 2.3.2.4). Daarin worden immers regels vastgelegd voor een specifieke bedrijfstak of beroepsgroep door afgevaardigden uit de praktijk, waardoor rekening kan worden gehouden met onder meer de verkeersopvattingen.

2.5.2.2 Toerekening bij exceptionele gebeurtenissen: een proportionele verdeling?

Een exceptionele gebeurtenis kan meebrengen dat de werkzaamheden niet kunnen worden verricht. Hierbij kan worden gedacht aan de omstandigheden die van zichzelf exceptioneel zijn, maar ook aan omstandigheden die zich abnormaal lang voordoen en via die weg exceptioneel worden, zoals bepaalde weersomstandigheden die wekenlang

327 Zie voor een vergelijkbare constatering t.a.v. art. 7:628 lid 1 BW concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2021:1168 voor HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/curator*).

328 Volledigheidshalve merk ik op dat dit artikel uitsluitend ziet op ondeugdelijk werk en dus niet op het niet-werken. Ik haal deze bepaling slechts aan ter illustratie dat in de wet soms is geregeld aan wie een bepaalde omstandigheid wordt toegerekend.

329 De aannemer kan zich wel disculperen als de ondeugdelijke uitvoering is te wijten aan zaken afkomstig van de opdrachtgever (art. 7:760 lid 2 BW), dan wel aan de door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften (art. 7:760 lid 3 BW).

330 Niet voor niets is in de arbeidsovereenkomstrechtelijke literatuur wel opgemerkt dat de risicoregeling van art. 7:628 lid 1 BW uitblinkt in vaagheid (Rood 1981, p. 237; Van Slooten 1999, p. 203; concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2021:1168 voor HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/curator*)).

aanhouden en het werken verhinderen.³³¹ Een zodanige oorzaak kan niet aan de opdrachtgever of opdrachtnemer worden toegerekend (zie paragraaf 2.4.2). Nu in dat geval geen sprake is van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW), lijkt het erop dat de opdrachtnemer (schuldenaar) geen recht heeft op loon over de niet-gewerkte periode. In plaats van deze ‘alles-of-niets-benadering’ is onder andere in de arbeidsovereenkomstrechtelijke en huurrechtelijke rechtspraak en literatuur weleens een ‘proportionele benadering’ aangevoerd, waarin bij exceptionele gebeurtenissen de ‘pijn’ (van pech) tussen partijen wordt gedeeld. De verdelingen die daarbij de revue hebben gepasseerd, zijn een 50/50-verdeling (*‘share the pain’*) en een 70/30-verdeling (*‘ease the pain’*).³³² In het arbeidsovereenkomstenrecht loopt deze discussie al jaren, zij het wat op de achtergrond,³³³ maar won zij vanwege de coronacrisis aan belangstelling.³³⁴ Door de NOW-subsidie is deze discussie voor de praktijk uiteindelijk minder relevant gebleken dan aanvankelijk bij het uitbreken van de coronacrisis werd gedacht, omdat een van de partijen al voor een deel tegemoet werd gekomen in de financiële ‘pijn’ van de coronacrisis. Ook in het huurrecht drong naar aanleiding van de coronacrisis deze discussie door, in het bijzonder het *‘share the pain’*-beginsel.³³⁵ Op grond van onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW) werd in de rechtspraak de ‘pijn’ van een huuraanpassing tussen partijen gelijk verdeeld.³³⁶

Op basis van het voorgaande rijst bij mij de vraag of het ook ten aanzien van de opdrachtnemer (schuldenaar) die de werkzaamheden niet verricht vanwege een exceptionele gebeurtenis, genuanceerder kan liggen dan de uitkomst dat hij met lege handen achterblijft, omdat de exceptionele gebeurtenis meebrengt dat sprake is van schuldeisersovermacht (en schuldeisersverzuim dus ontbreekt). Het antwoord hierop luidt negatief, behoudens de uitzondering van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW). Weliswaar ging de Hoge Raad in het *X/Heineken*-arrest over tot zo’n proportionele benadering omtrent commerciële huurovereenkomsten (in de horeca), maar de gegeven overwegingen geven geen directe aanleiding uit te gaan van een ruime toepassing van een gelijkelijke(re) verdeling van het nadeel over de partijen bij niet-werken vanwege een

331 In de socialezekerheidsrechtspraak is de volledige loondoorbetalingsverplichting wel beperkt tot een bepaalde periode i.v.m. onwerkbaar weer dat uitzonderlijk lang aanhield (zie bijv. CRvB 20 januari 1981, RSV 1981/126; CRvB 16 oktober 1983, RSV 1983/44 en bij deze uitspraken aangesloten rb. Roermond 5 december 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU7552). Of sprake is van een uitzonderlijk lange periode, is afhankelijk van wat de opdrachtgever (schuldeiser) in de desbetreffende branche redelijkerwijs mag verwachten. In dit verband kan misschien inspiratie worden ontleend aan de Regeling onwerkbaar weer, die bijv. negentien werkdagen per kalenderjaar noemt als wachttijd indien door overvloedige regenval niet kan worden gewerkt (art. 3 aanhef en sub b Regeling onwerkbaar weer). Let op: deze regeling is in beginsel alleen van toepassing op de loondoorbetalingsverplichting van art. 7:628 lid 1 BW.

332 De term *‘ease the pain’* heb ik ontleend aan De Graaf & Dekker, *TAC* 2020/3; De Graaf, *JAR* 2022/168.

333 Zie bijv. Scholten, *NJ* 1973/60; Abas, *RMThemis* 1975/2; De Groot, *NJB* 1991/18; Van Slooten 1999, p. 204; Zondag 2001, p. 137.

334 Zie o.a. Besselink, *TAP* 2020/190; De Graaf & Dekker, *TAC* 2020/3; Houweling 2020, p. 307-308; Houweling, *MvV* 2020/9.1; Van Slooten, *Ondernemingsrecht* 2020/64; Van Slooten, *JAR* 2020/156; Houweling, *TAP* 2022/88.

335 Zie voor rechtspraak o.a. rb. Noord-Nederland 27 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2540; rb. Amsterdam 1 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4752; HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (*X/Heineken*). Zie voor literatuur bijv. Tjittes & Tetelepta, *Contracteren* 2020/3.5; Van Noort, *Bb* 2020/36, en specifiek over dit arrest Schelhaas, *AA* 2022/0118.

336 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (*X/Heineken*).

exceptionele gebeurtenis.³³⁷ Anders dan bijvoorbeeld de kredietcrisis ging het hier om de omstandigheid waarbij de huurder van een bedrijfsruimte in verband met de coronapandemie niet of slechts in geringe mate de ruimte kon exploiteren, wat een uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheid van algemene aard was met ongekende overheidsmaatregelen tot gevolg.³³⁸ Het ging dus niet 'zomaar' over iets.³³⁹

De terughoudendheid van de Hoge Raad past bij de grondslagen die tot zo'n gelijkelijke(re) verdeling kunnen leiden: de onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW) en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW). Beide gronden bevatten een zeer strenge en terughoudende norm.³⁴⁰ Wel is het zo dat de onderlinge verhouding van partijen van belang kan zijn voor het eventueel terzijde stellen van een (rechts)regel op basis van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW).³⁴¹ Daarmee bedoel ik niet zozeer dat de onaanvaardbaarheidsnorm minder streng is naarmate de partij die hier een beroep op doet, zwakker is, maar dat eerder sprake zal zijn van een situatie waarin een ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn in de zin van dit leerstuk. Dit houdt verband met de financiële kwetsbaarheid van de opdrachtnemer aan de onderkant en het feit dat op individueel niveau gevolgen eerder onredelijk zijn. Dat zou betekenen dat als de opdrachtnemer aan de onderkant gedurende een zekere tijd de werkzaamheden niet kan verrichten vanwege een exceptionele gebeurtenis, het ontbreken van een loonaanspraak eerder zou stuiten op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) dan wanneer een opdrachtnemer met een hoog tarief daar een beroep op doet, zij het dat nog altijd moet worden voldaan aan de strenge onaanvaardbaarheidsnorm.

De opdrachtnemer (schuldenaar) kan in uitzonderlijke situaties via de weg van artikel 6:248 lid 2 BW alsnog het recht op loon verkrijgen op grond van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW), ondanks het feit dat door de exceptionele gebeurtenis strikt genomen sprake is van schuldeisersovermacht en niet van schuldeisersverzuim. De vraag die in zo'n uiterlijk geval resteert, is op welk deel hij aanspraak kan maken. Het loondoorbetalingspercentage van

337 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (X/Heineken).

338 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (X/Heineken).

339 Schelhaas, AA 2022/0118. Als het niet-werken ongebruikelijk lang voortduurt, zoals zich voordeed tijdens de coronacrisis, kan het op een zeker moment immers niet langer billijk zijn de gevolgen volledig voor risico van één partij te laten komen (zie in zekere zin ook, maar dan t.a.v. art. 7:628 lid 1 BW, Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/122).

340 Zie t.a.v. de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1210 (Matatag/De Schelde); HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664 (GTI Zwolle/Zürich Versicherungsgesellschaft). Zie t.a.v. de onvoorziene omstandigheden, waarbij in deze context materieel gezien wordt aangesloten bij het toetsingscriterium van art. 6:258 BW, HR 27 april 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4797 (NVB/Sipke Helder); HR 23 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0834 (Nieuwegein/GCN II); HR 10 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1532 (FNV/Campina); HR 19 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1152 (Campina/Van Jole); HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (Brijlant Scheuders/ABP); HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615 (Gemeente Bronckhorst). Overigens lijkt toepassing van het leerstuk onvoorziene omstandigheden sowieso lastig te rijmen met het feit dat het moet gaan om omstandigheden waarin partijen niet hebben voorzien, terwijl zij in de geschetste situatie juist (voor dit geval) het ontbreken van een opzegbevoegdheid hebben verdisconteerd.

341 Zie in algemene zin Tjittes 1994, p. 203 e.v.; Schelhaas, AA 2018/681.

70% komt in het arbeidsovereenkomstenrecht momenteel al op een aantal plekken voor ter garantie van de bestaanszekerheid van de werknemer, zoals bij de loondoorbetaling bij ziekte (artikel 7:629 BW) en verschillende werknemersuitkeringen. Nu de opdrachtnemer aan de onderkant in een economisch afhankelijke positie verkeert en (daarom) zonder loondoorbetaling het risico loopt in zijn bestaansrecht te worden aangetast, lijkt de 70/30-verdeling ten aanzien van deze opdrachtnemer een passende verdeling. Voor de andere opdrachtnemers, die zich dus niet in zo'n afhankelijke positie bevinden, lijkt de 50/50-verdeling een logisch uitgangspunt te zijn. Deze verdeling wordt ook in het commerciële huurrecht aangehouden. De zojuist genoemde verdelingen zijn slechts uitgangspunten. De rechter bezit de ruimte hiervan af te wijken. De Hoge Raad overwoog immers in het *X/Heineken*-arrest dat de redelijkheid en billijkheid kan meebrengen dat op grond van de omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van partijen of de financiële positie (van een) van hen, een andere verdeling van het nadeel kan rechtvaardigen.³⁴² Dat ziet dus niet alleen op de hoedanigheid en financiële positie van de opdrachtnemer (schuldenaar), maar ook op die van de opdrachtgever (schuldeiser).³⁴³

Waar het voornoemde kort gezegd toe leidt, is dat de opdrachtnemer (schuldenaar) in principe geen recht heeft op loon als hij de werkzaamheden niet kan verrichten vanwege een exceptionele gebeurtenis. De oorzaak van het niet-werken kan dan immers niet aan de opdrachtgever (schuldeiser) worden toegerekend (artikel 6:58 BW), in ieder geval niet op grond van de verkeersopvattingen. In zo'n situatie zou de opdrachtnemer slechts een (gedeeltelijke) loonaanspraak hebben als het onthouden daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:248 lid 2 BW). Op welk deel van het loon hij vervolgens recht heeft, is afhankelijk van de redelijkheid en billijkheid, waarbij de onderlinge hoedanigheid en financiële positie (van een) van de partijen van invloed kan zijn op de verdeling van het nadeel.

³⁴² HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (*X/Heineken*).

³⁴³ De opdrachtgever die de afgelopen jaren goede winsten heeft gemaakt en een behoorlijke reserve heeft opgebouwd, kan een bedrijfssluiting van twee weken vanwege een exceptionele gebeurtenis vermoedelijk beter lijden dan de opdrachtnemer aan de onderkant. In zo'n geval ligt het voor de hand het risico meer of volledig voor rekening van de opdrachtgever te laten komen. Als de bedrijfssluiting ongebruikelijk lang voortduurt, zoals zich voordeed tijdens de coronacrisis, kan het op een zeker moment wel weer redelijk worden dat beide partijen de helft voor hun rekening nemen. Het kan dan immers niet langer billijk zijn om de gevolgen meer voor risico te laten komen van de partij die in eerste instantie het beste in staat was de last te dragen (*Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/122*). Een proportionele benadering kan dus niet alleen gevolgen hebben voor het percentage loon dat bij niet-werken moet worden doorbetaald, maar ook op de periode waarop de (gedeeltelijke) loondoorbetaling ziet. Dit is het logische gevolg van het feit dat de aard en ernst van de betrokken partijbelangen in aanmerking moeten worden genomen (zie par. 2.4.2), waaronder dus ook de duur van de verhindering. Weliswaar zal discussie ontstaan over de vraag wie onder welke omstandigheden voor welk deel het risico draagt, maar dat is haast inherent aan de toepassing van het leerstuk schuldeisersverzuim ex art. 6:58 BW (zie expliciet Vas Nunes, *Arbeid Integraal 2007/3*; Zondag, *SMA 2008/7/8*, en impliciet *Asser/Sieburgh 6-I 2020/297*, onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 222 e.v.).

2.5.2.3 De semi-dwingendrechtelijke aard van de risicoregeling

De opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen vanwege het regelende karakter van artikel 6:58 BW afspreken dat een bepaalde omstandigheid voor risico van een van de partijen komt (zie paragraaf 2.4.2). Meer in algemene zin kunnen partijen overeenkomen dat, als er niet wordt gewerkt, de opdrachtnemer wel of juist geen recht heeft op loon. Bij de arbeidsovereenkomst kan alleen voor de eerste zes maanden schriftelijk worden afgeweken ten nadele van de werknemer (artikel 7:628 lid 5 BW). De ratio van deze afwijkmogelijkheid is dat volgens de wetgever binnen deze periode de omvang van de werkzaamheden door de werkgever niet altijd eenduidig is vast te stellen, waardoor afwijken wenselijk is.³⁴⁴ Elke andere afwijking ten nadele van de werknemer is nietig (artikel 7:628 lid 10 BW). Tot de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid in 1999 werd de loondoorbetalingsverplichting in de praktijk geregeld weggecontracteerd. Met name ten aanzien van oproepkrachten maakten werkgevers daar aan de lopende band 'gebruik' van.³⁴⁵ De wetgever heeft met de wijziging in 1999 een beter evenwicht tot stand willen brengen tussen flexibiliteit voor de werkgever en zekerheid voor de werknemer.³⁴⁶

Het is goed denkbaar dat de opdrachtgever en opdrachtnemer afspraken maken, (mede) om te voorkomen dat in de toekomst eventueel onzekerheid ontstaat over de vraag voor wiens risico een bepaalde omstandigheid komt die het werken verhindert. Het is echter ook mogelijk dat bepaalde opdrachtnemers het lot van de oproepkracht achternagaan: hun loonaanspraak op grond van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW) wordt volledig of grotendeels weggecontracteerd. Vooral de opdrachtnemer aan de onderkant loopt vanwege zijn afhankelijke positie dit risico. Dat geeft de opdrachtgever in feite de vrijheid dergelijke afspraken te bedingen.³⁴⁷ Om die reden en overeenkomstig de ratio van artikel 7:628 BW zou een bepaald beschermend karakter, zoals een semi-dwingendrechtelijk³⁴⁸ karakter, niet misstaan ten aanzien van in ieder geval de opdrachtnemer aan de onderkant.³⁴⁹ Zonder

344 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 19. De wetgever noemt als voorbeelden van deze mogelijk 'dubbelzinnige' tijd nieuwe of een uitbreiding van bestaande activiteiten en seizoenswerk.

345 Boot 2005, p. 131; Houweling 2020, p. 294. In de literatuur wordt i.p.v. 'gebruik' ook wel gesproken van 'misbruik'.

346 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, 3, p. 6.

347 Mocht een zodanige contractuele afspraak zijn gemaakt, dan kan deze terzijde worden geschoven door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW), maar dit is een zware toets. Wel is het zo dat hoe meer de loondoorbetaling op de voet van schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW) is uitgesloten en hoe zwakker de benadeelde partij is, hoe eerder zo'n contractuele bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

348 Het verschil tussen dwingendrechtelijk en semi-dwingendrechtelijk is dat bij de eerste vorm iedere afwijking onmogelijk is, terwijl in het tweede geval slechts niet kan worden afgeweken ten nadele van een bepaalde partij. Buiten het arbeidsovereenkomstenrecht (zie naast deze bepaling o.a. art. 7:625 lid 2, art. 7:656 lid 6, art. 7:658 lid 3 en art. 7:661 lid 2 BW) komt een semi-dwingendrechtelijk karakter wel voor in bijv. de regeling inzake aanneming van werk (art. 7:755 BW), agentuur (art. 7:445 lid 2 BW) en huur (zie o.a. art. 7:206 lid 6, art. 7:209, art. 7:231 lid 3, art. 7:242 lid 1-2, art. 7:268 lid 7 en art. 7:291 lid 1 BW), evenals in het algemene verbintenissenrecht (art. 6:96 lid 4-5, art. 6:107 lid 4 en art. 6:192 lid 2 BW). Ook de regeling inzake de opdracht kent deze vorm, zij het alleen ter bescherming van de particuliere opdrachtgever (art. 7:413 lid 2 BW).

349 Dit past bij een van de belangrijkste redenen om de partijautonomie te beperken: de bescherming van de zwakkere partij (Loth 2009/20).

zo'n karakter zou de opdrachtgever anders zijn volledige ondernemersrisico continu op de opdrachtnemer kunnen afwentelen, wat mij alleen gerechtvaardigd lijkt indien de opdrachtnemer dit risico daadwerkelijk in zijn tarief heeft doorberekend of op zijn minst in staat is dit te doen. Om geen onnodig grote inbreuk te maken op de contractsvrijheid (en daarmee ook op de vrijheid van ondernemerschap), zou ervoor kunnen worden gekozen andersluidende afspraken alleen te verbieden in bepaalde gevallen.³⁵⁰ Welke gevallen daaronder moeten vallen en welke niet, gaat voor deze studie te ver, aangezien het accent van dit onderzoek ligt op de beschermingsmogelijkheden die het verbintenissenrecht binnen de huidige kaders kan bieden. Daarom volsta ik hier met een verwijzing naar paragraaf 2.5.1, waarin ik afsluit met verschillende afbakeningsmogelijkheden die wellicht recht (kunnen) doen aan de bescherming van (een deel van) de opdrachtnemers zonder daarbij onevenredige inbreuk te maken op de contractsvrijheid (van de (nader te bepalen groep) niet-beschermenswaardige opdrachtnemers).³⁵¹

2.6 Schematisch overzicht beschermingsniveau en toelichting

Met behulp van tabel 1 visualiseer ik de aanvullende bescherming die het verbintenissenrecht de opdrachtnemer aan de onderkant binnen de huidige kaders op het thema loon kan bieden.³⁵² Voor de wijze waarop ik deze aanvullende bescherming beoordeel, heb ik een toetsingskader ontwikkeld en onderscheid gemaakt tussen een 'laag beschermingsniveau',³⁵³ een 'gemiddeld beschermingsniveau'³⁵⁴ en een 'hoog beschermingsniveau'³⁵⁵ (zie paragraaf 1.3.1).

350 Van Slooten heeft een soortgelijk voorstel gedaan in het kader van art. 7:628 lid 1 BW (Van Slooten 1999, p. 406-407).

351 De daar genoemde mogelijkheden luiden in het kort: de opdrachtnemer aan de onderkant, de opdrachtnemer met een tariefgrens van onder het maximumdagloon (€ 30 à 35 per uur), de opdrachtnemer die ten minste de helft van zijn totale jaarinkomen via deze opdrachtgever verwerft en de 'kleine' opdrachtnemer die een overeenkomst is aangegaan met een 'grote' opdrachtgever (zie uitgebreider par. 2.5.1).

352 Hierbij plaats ik de kanttekening dat de WML geen verbintenisrechtelijke regeling is. Het buiten beschouwing laten van deze regeling, die betrekking heeft op inkomensbescherming en van toepassing is op een deel van de opdrachtnemers, zou kunnen leiden tot een vertekend beeld van het verbintenisrechtelijke beschermingsniveau op het thema loon, vandaar dat de WML wel in dit (verbintenisrechtelijke) beschermingsniveau is opgenomen.

353 Daaronder versta ik: het verbintenissenrecht biedt niet of nauwelijks afwijkende bescherming ten opzichte van de afdeling inzake de opdracht (afd. 7.7.1 BW) en de algemene bepalingen uit Boek 6 BW die geen open norm kennen.

354 Dat wil zeggen: de verbintenisrechtelijke bescherming zit tussen die uit de afdeling inzake de opdracht (afd. 7.7.1 BW) en de algemene bepalingen uit Boek 6 BW die geen open norm kennen (laag beschermingsniveau) en de regeling inzake de arbeidsovereenkomst (titel 7.10 BW) (hoog beschermingsniveau) in.

355 Daarmee bedoel ik: de verbintenisrechtelijke bescherming is meer dan, gelijk aan of komt in de buurt van die uit de regeling inzake de arbeidsovereenkomst (titel 7.10 BW).

Tabel 1. 'Beschermingsniveau loon'

	Bescher- ming alle opdracht- nemers	Bescher- ming titel 7.10 BW	Aanvullende bescherming opdrachtne- mer aan de onderkant	Korte verklaring	(Mogelijk) knelpunt voor op- drachtnemer aan de onderkant
Hoogte loon	Recht op loon en, bij gebreke van een afspraak, enkele handvaten over de berekening van wat als redelijk loon kwalificeert	Recht op minimumloon	Hoog en laag	'WML-opdrachtnemer' heeft recht op minimumloon (hoog) 'Niet-WML-opdrachtnemer' valt terug op contractuele afspraken (of eventueel een standaardregeling of cao) (laag)	Niet altijd recht op minimumloon
Tijdig loon	Recht op wettelijke handelsrente en maximale betalingstermijn (zestig dagen)	Recht op wettelijke rente en wettelijke verhoging	Gemiddeld	Lengte van betalingstermijn en afwijkingmogelijkheden zijn verder ingeperkt (dertig dagen)	Aansporend mechanisme (effectief individueel pressiemiddel) ontbreekt
Opdracht niet uit- voeren, toch loon	/	In principe recht op loon	Gemiddeld	Onder omstandigheden recht op loon, maar oorzaak van niet-werken wordt minder snel aan opdrachtgever dan aan werkgever toegerekend	Recht op loon bij niet-werken kan contractueel worden uitgesloten of beperkt

Ik zal tabel 1 hierna kort toelichten. Vervolgens hang ik een 'eindoordeel' aan het aanvullende verbintenissenrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van het thema loon.

Hoogte loon

De garantie van een sociaal aanvaardbare tegenprestatie wordt door de WML geboden aan uitsluitend de opdrachtnemer die de overeenkomst van opdracht tegen beloning en buiten de uitoefening van bedrijf of buiten de zelfstandige uitoefening van beroep is aangegaan (artikel 2 lid 2 aanhef en sub b WML) (zie paragraaf 2.3.1). Deze opdrachtnemer geniet in die context dezelfde bescherming als de werknemer ('hoog beschermingsniveau'). Met de Wmz is geprobeerd deze beschermingsvorm uit te breiden tot alle opdrachtnemers. De voornaamste reden van deze poging was dat het armoederisico onder opdrachtnemers bleef stijgen en een laag tarief de belangrijkste oorzaak bleek (zie paragraaf 2.3.2.1). Dit voorstel is echter nooit ingediend, wat geen verband hield met het doel daarvan, maar met het feit dat het niet mogelijk is gebleken eenvoudig toepasbare wettelijke regels te bedenken (zie paragraaf 2.3.2.1). De opdrachtnemer die niet onder de WML valt, is vanuit beschermingsoogpunt daardoor momenteel aangewezen op de afspraken die hij met de opdrachtgever heeft gemaakt zonder dat een bepaalde ondergrens is gewaarborgd. Het beschermingsniveau van deze opdrachtnemer heb ik daarom als 'laag' geïnclassificeerd. Het zal dan ook geen verbazing wekken dat ik de bescherming ten aanzien van de hoogte van het loon van de opdrachtnemer aan de onderkant die niet onder de reikwijdte van de WML valt, zie als knelpunt. In dit kader heb ik de mogelijkheden tot een standaardregeling (artikel 6:214 BW) en cao onderzocht, die wellicht tot een doorbraak van deze impasse kunnen leiden (zie paragraaf 2.3.2.3 respectievelijk 2.3.2.4).

Tijdig loon

Alle niet-particuliere opdrachtnemers die een overeenkomst zijn aangegaan met een niet-particuliere opdrachtgever, hebben recht op de wettelijke handelsrente vanaf het moment dat de betalingstermijn is verstreken (artikel 6:119a BW) (zie paragraaf 2.4.1.1). De betalingstermijn kan in beginsel niet langer zijn dan zestig dagen (artikel 6:119a lid 5 BW) (zie paragraaf 2.4.1.2). Voor de opdrachtnemer aan de onderkant die een overeenkomst is aangegaan met een 'grote' opdrachtgever, geldt een verdere dwingendrechtelijke inperking van de betalingstermijn, namelijk maximaal dertig dagen (artikel 6:119a lid 6 BW) (zie paragraaf 2.4.1.2). Hoewel het verbintenisrecht de opdrachtnemer aan de onderkant in zo'n situatie aanvullende bescherming biedt,³⁵⁶ zie ik dit beschermingsniveau toch als 'gemiddeld' en niet als 'hoog'. De verklaring daarvoor moet worden gevonden in de afwezigheid van een individueel pressiemiddel, zoals de werknemer kent met de wettelijke verhoging (artikel 7:625 BW). Het lijkt erop dat deze bepaling zich niet leent voor analoge toepassing, terwijl er goede argumenten bestaan ook de opdrachtnemer aan de onderkant een dergelijk beschermingsinstrument te bieden (zie paragraaf 2.5.1). De afwezigheid van zo'n instrument heb ik aangemerkt als knelpunt.

Opdracht niet uitvoeren, toch loon

De werknemer heeft in het geval dat hij geen werkzaamheden verricht, toch recht op loon, tenzij het geheel of gedeeltelijk niet verrichten van de overeengekomen arbeid

³⁵⁶ Strikt genomen is deze bescherming zelfs hoger dan bij werknemers, omdat de werknemer alleen een beroep kan doen op de wettelijke rente (art. 6:119 BW), die een lager percentage inhoudt dan de wettelijke handelsrente (art. 6:119a BW). Dit levert echter een ongenuanceerd beeld op, omdat de werknemer ook bescherming kan ontlenen aan de wettelijke verhoging (art. 7:625 BW), die kan leiden tot een maximale verhoging van 50% van het loon.

in redelijkheid voor zijn rekening behoort te komen (artikel 7:628 lid 1 BW) (zie paragraaf 2.5.2.1). De opdrachtnemer kan soortgelijke bescherming vinden in het leerstuk van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW), zij het dat daar minder snel aan wordt voldaan dan bij de arbeidsovereenkomst. Het recht op loon bij niet-werken is namelijk verbonden aan de eis dat de oorzaak van het niet-werken aan de opdrachtgever moet kunnen worden toegerekend (zie paragraaf 2.4.2) en daar is met betrekking tot de werkgever sneller sprake van (zie paragraaf 2.5.1). Toch biedt (de juridische inbedding van de open norm) toerekening op grond van de verkeersopvattingen de mogelijkheid rekening te houden met de hoedanigheid van partijen. Hierdoor heeft de opdrachtnemer aan de onderkant doorgaans eerder recht op loon bij niet-werken dan de opdrachtnemer die een hoog tarief in rekening brengt.³⁵⁷ Om die reden plak ik het etiket 'gemiddeld beschermingsniveau' op dit deelonderwerp. Daarbij heb ik het regelende karakter van artikel 6:58 BW als mogelijk knelpunt aangemerkt (zie paragraaf 2.5.2.3). Daardoor is het immers mogelijk dat de bescherming die uit het leerstuk schuldeisersverzuim kan voortvloeien, contractueel wordt uitgesloten of beperkt, terwijl de opdrachtnemer niet altijd in staat is dit risico in zijn tarief door te berekenen.

Eindoordeel thema loon

Als ik de drie voornoemde deelonderwerpen samenneem en in onderling verband bekijk, beoordeel ik het aanvullende verbintenisrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van het thema loon als 'gemiddeld beschermingsniveau'. Op alle drie de deelonderwerpen kan aanvullende bescherming worden geboden. Met name de afwezigheid van een bodemtarief voor alle opdrachtnemers aan de onderkant en het ontbreken van een individueel pressiemiddel bij laattijdige loonbetalingen maken echter dat ik dit beschermingsniveau niet als 'hoog' kwalificeer.

2.7 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik de inkomensbescherming van de opdrachtnemer geanalyseerd, meer specifiek het recht op loon, de hoogte van het loon en de tijdige en juiste betaling van het loon. De focus lag daarbij op de opdrachtnemer aan de onderkant, die van alle werkenden het meeste risico op armoede loopt en dus een groot belang heeft bij het tijdig ontvangen van voldoende loon. Afdeling 7.7.1 BW biedt de opdrachtnemer weinig inkomensbescherming door slechts te bepalen dat de opdrachtnemer ook zonder contractuele afspraak recht heeft op loon over de verrichte werkzaamheden (artikel 7:405 lid 1 BW). Deze bescherming kan buiten de muren van afdeling 7.7.1 BW meer reliëf krijgen en legt in ieder geval drie aspecten bloot die voor dit onderzoek relevant zijn.

In de eerste plaats wordt de opdrachtnemer aan de onderkant op het thema loon aanvullende bescherming geboden. Het algemene verbintennisrecht geeft de opdrachtnemer aan de onderkant namelijk niet alleen een gefixeerde schadevergoeding in de vorm van wettelijke (handels)rente als het loon laattijdig wordt voldaan (artikel 6:119a lid 1 BW), maar ook is de contractsvrijheid ten aanzien van de betalingstermijn (verder) ingeperkt tot maximaal

³⁵⁷ In dit voorbeeld ga ik ervan uit dat de opdrachtgever dezelfde partij is. Het gaat immers om de onderlinge hoedanigheid van partijen en dus niet slechts om de hoedanigheid van de opdrachtnemer.

dertig dagen indien deze kleine opdrachtnemer een overeenkomst aangaat met een grote opdrachtgever (artikel 6:119a lid 6 BW). Daarnaast volgt uit het algemene verbintenissenrecht dat de opdrachtnemer bij niet-werken toch recht op loon kan hebben, namelijk als hij geen werkzaamheden heeft verricht door een oorzaak die aan de opdrachtgever is toe te rekenen (artikel 6:58 BW). De meest vergaande inkomensbescherming is afkomstig uit de WML,³⁵⁸ die uitsluitend de opdrachtnemer die buiten de uitoefening van bedrijf of buiten de zelfstandige uitoefening van beroep handelt (artikel 2 lid 2 aanhef en sub b WML), structureel beschermt door dwingendrechtelijk een ondergrens te stellen met betrekking tot de hoogte van het loon. Tegenover de aanvullende bescherming staan verschillende knelpunten. Zo geniet de opdrachtnemer aan de onderkant niet altijd de bescherming van een minimumtarief. Een poging tot de uitbreiding van deze reikwijdte liep bij de Wmz spaak op onder andere de complexiteit van de ontworpen conceptregels. Verder lijkt de opdrachtnemer aan de onderkant een instrument te missen waarmee hij daadwerkelijk een vuist kan maken bij een laattijdige loonbetaling. De wettelijke handelsrente lijkt de opdrachtnemer aan de onderkant in dit verband onvoldoende te beschermen. Op basis van enerzijds de aanvullende bescherming en anderzijds de geïdentificeerde knelpunten heb ik het aanvullende beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant omtrent het thema loon als 'gemiddeld' bestempeld.

In de tweede plaats is de bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van het thema loon gestoeld op meerdere gedachten. De toepasselijkheid van de WML op een deel van de opdrachtnemers kent een dubbele ratio, die als het ware zowel een individuele als een collectieve beschermingsgedachte vertegenwoordigt. Zo heeft de opdrachtnemer het recht op het minimumloon zodra hij feitelijk in dezelfde economische positie als de werknemer verkeert. In zo'n geval ontbreekt immers een goede grond om hem anders dan werknemers te behandelen, zo luidt de individuele gedachte.³⁵⁹ Tegelijkertijd stond aan de basis van de uitbreiding van de WML tot opdrachtnemers een meer collectieve gedachte; door een deel van de opdrachtnemers onder de WML te laten vallen, wordt oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden tussen zowel opdrachtnemers onderling als tussen opdrachtnemers en werknemers voorkomen.³⁶⁰ Een meer algemene ongelijkheidscompensatie ligt ten grondslag aan de regeling inzake de wettelijke handelsrente, die de opdrachtnemer aan de onderkant tegenover de grote opdrachtgever compenseert door de betalingstermijn in die situatie (verder) in te perken tot maximaal dertig dagen (artikel 6:119a lid 6 BW). Door het verschil in 'grootte' wordt verondersteld dat tussen partijen een ongelijke verhouding bestaat. Die verhouding behoeft volgens de Europese wetgever correctie om te voorkomen dat de grote opdrachtgever misbruik maakt van zijn positie door de opdrachtnemer aan de onderkant te laten instemmen met

358 Let op: de WML is een publiekrechtelijke regeling en zegt in zoverre dus niets over het verbintenissenrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer.

359 Deze gedachte is ook terug te zien bij de mededingingsrechtelijke uitzonderingen op het kartelverbod, in het bijzonder de economisch afhankelijke opdrachtnemer, alsook de situaties waarin niet wordt gehandhaafd, omdat sprake is van een duidelijk onevenwicht tussen de onderhandelingsmacht van de opdrachtnemers en hun opdrachtgevers.

360 De Wmz liep ook langs de assen van de individuele en collectieve beschermingsgedachte, bestaande uit het beschermen van het stijgende aantal opdrachtnemers dat in armoede leefde en het terugdringen van ongewenste concurrentie op beloning tussen zowel opdrachtnemers onderling als tussen opdrachtnemers en werknemers.

een betalingstermijn die langer is dan hij eigenlijk wenst. Daarmee toont deze regeling niet alleen dat differentiatie aan de hand van de hoedanigheid van partijen in wetgeving mogelijk is, maar eveneens dat in *business-to-business*-relaties het beginsel van contractsvrijheid onder omstandigheden moet wijken voor het beginsel van bescherming van de zwakkere partij. Verder komt de profijt- en beïnvloedingsgedachte terug in het leerstuk van schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW).

In de derde plaats houden de loonregels op verschillende plaatsen rekening met de hoedanigheid van de opdrachtnemer tegenover die van de opdrachtgever of bestaat in ieder geval de ruimte de onderlinge hoedanigheid van partijen in ogenschouw te nemen. Ik wijs allereerst op de uitbreiding van de WML, die vooral verband houdt met de economische positie waarin de opdrachtnemer die buiten de uitoefening van bedrijf of buiten de zelfstandige uitoefening van beroep handelt, zich kan bevinden. Ook in het algemene verbintenissenrecht is hier expliciet een voorbeeld van te vinden. De betalingstermijn is namelijk dwingendrechtelijk begrensd tot maximaal dertig dagen als de overeenkomst is aangegaan tussen de opdrachtnemer die zich – in mijn bewoordingen – aan de onderkant bevindt (in de wettelijke systematiek de ‘mkb-onderneming’) en een ‘grote onderneming’ (artikel 6:119a lid 6 BW). Bij het leerstuk schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW) kan de rechter bij de invulling van toerekening op grond van de verkeersopvattingen, de partijbelangen tegen elkaar afwegen. Deze open norm biedt de ruimte om de (onderlinge) hoedanigheid van partijen in aanmerking te nemen, waaronder de economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer aan de onderkant.

HOOFDSTUK 3

Schade en aansprakelijkheid

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik het thema loon geanalyseerd, welk thema essentieel is voor de (financiële) positie van de opdrachtnemer. Daarin heb ik de (beschermende) regels op het gebied van de hoogte van het loon, het tijdig ontvangen van het loon en het recht op loon bij niet-werken door een oorzaak die aan de opdrachtgever kan worden toegerekend, besproken in het kader van de bestaanszekerheid van de opdrachtnemer in de zin van zijn economische en juridische positie. Ook het thema aansprakelijkheid houdt verband met die bestaanszekerheid. De opdrachtnemer die wordt geconfronteerd met schade of schade veroorzaakt bij een ander, kan door de schadepost of -claim direct en ernstig in zijn vermogenspositie worden geraakt. De bescherming die het verbintenissenrecht de opdrachtnemer aan de onderkant in dit verband biedt, staat in dit hoofdstuk centraal.

Het aansprakelijkheidsrecht beoogt allereerst schade te voorkomen. Wanneer dat niet lukt, is het uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade draagt.¹ De schade kan alleen op een ander worden verhaald indien de benadeelde daarvoor een specifieke grond heeft. Dit uitgangspunt geldt ook voor de schade die is ontstaan als gevolg van de werkzaamheden. Voor deze studie zijn in dit kader drie situaties relevant: (i) de opdrachtnemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade, (ii) de opdrachtnemer brengt in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade aan de opdrachtgever toe en (iii) de opdrachtnemer brengt in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade aan een derde toe. Ik bestudeer welke verbintenisrechtelijke bronnen de opdrachtnemer kan aanboren om de door hem geleden schade vergoed te krijgen en zo zijn inkomensschade op te vangen, dan wel welke gronden hij kan invoeren om aansprakelijkheid van de door hem veroorzaakte schade af te weren of te beperken. Hierbij moet in aanmerking worden genomen dat de opdrachtnemer aan de onderkant doorgaans niet in de positie verkeert de kosten voor arbeidsongeschiktheid door te berekenen in zijn tarief en wellicht onvoldoende verdient om een verzekering af te sluiten (zie paragraaf 1.1 en 2.1).

Ik begin dit hoofdstuk met een bespreking van de schade- en aansprakelijkheidsbepalingen van de regeling inzake de opdracht (paragraaf 3.2). Vervolgens behandel ik de zorgplicht van de opdrachtgever ex artikel 7:658 BW, waarmee de opdrachtnemer die onder de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW valt een vergaande bescherming wordt geboden (paragraaf 3.3). Ook uit de algemeen verbintenisrechtelijke regels kan bescherming voortvloeien, waaronder

¹ Hartlief & Tjittes 1990, p. 59 e.v.; Hartlief & Tjittes 1999, p. 3; Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen* (Mon. BW nr. B45) 2009/1.5.

de contractuele aansprakelijkheid voor hulpverleners (artikel 6:76 BW), de buitencontractuele aansprakelijkheid voor ondergeschikten en niet-ondergeschikten (artikel 6:170-171 BW), de toelaatbaarheid van exoneratiebedingen (artikel 6:248 lid 2 en artikel 6:233 sub a BW) en de blokkering van de paardensprong (artikel 6:257 BW) (paragraaf 3.4). Daarna bekijk ik of de verzekeringsplicht van de werkgever (artikel 7:611 BW) en de beperkte aansprakelijkheid van de schadeveroorzakende werknemer (artikel 7:661 BW) – tegen de achterliggende gedachten van deze bepalingen en de positie van de opdrachtnemer aan de onderkant – kunnen worden doorgetrokken naar de overeenkomst van opdracht (paragraaf 3.5). Verder zal ik het beschermingsniveau van de opdrachtnemer ten aanzien van het thema aansprakelijkheid inzichtelijk maken aan de hand van een schema (paragraaf 3.6). Ik sluit dit hoofdstuk af met een conclusie (paragraaf 3.7).

De gemene deler van de drie situaties die ik in dit hoofdstuk behandel, is dat de schade is ontstaan in, tijdens of bij de uitoefening van de werkzaamheden.² Ik focus mij vooral op de gronden op basis waarvan de opdrachtnemer zijn schade bij de opdrachtgever kan verhalen, respectievelijk op welke wijze hij zijn aansprakelijkheid (stelling) kan afwenden (kwalificatie) en dus minder op de omvang van de mogelijke claim (kwantificatie). Daarbij staat de invloed die partijen op de werkomstandigheden hebben centraal. Dat wil zeggen: het draait meer om de oorzaak van de schade dan de aard daarvan.

Het vizier van dit onderzoek richt zich op de opdrachtnemer die hoofdzakelijk door middel van zijn eigen arbeid tegen een laag tarief zelf (in persoon) diensten verricht, kortweg: de opdrachtnemer aan de onderkant (zie paragraaf 1.2). Deze opdrachtnemer is doorgaans economisch afhankelijk van één opdrachtgever (zie paragraaf 1.2). In het vorige hoofdstuk heb ik op verschillende plaatsen specifiek de resultaatsverbintenis-opdrachtnemer aan de onderkant behandeld. Anders dan bij het thema loon gaat het bij het thema aansprakelijkheid niet zozeer om een resultaatafhankelijke beloning die van invloed is op de verdeling van de risico's tussen partijen, maar veeleer over de mate waarin de opdrachtgever en opdrachtnemer zeggenschap hebben over of invloed kunnen uitoefenen op de werkomstandigheden. Daardoor ligt het voor de hand dat bij het thema aansprakelijkheid de aan- of afwezigheid van een resultaatsverbintenis, de hoogte van het tarief en de economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer een beperktere rol spelen in het licht van de toepasselijke rechtsregels en invulling daarvan dan bij het thema loon. Om die reden besteed ik in dit hoofdstuk geen bijzondere aandacht aan de resultaatsverbintenis-opdrachtnemer, maar heb ik op een aantal plekken wel in het bijzonder oog voor de zogenoemde zij-aan-zij-opdrachtnemer, die in het vorige hoofdstuk ten aanzien van de mededingingsrechtelijke mogelijkheden tot collectief onderhandelen al kort de revue passeerde (zie paragraaf 2.3.2.4). Met de zij-aan-zij-opdrachtnemer doel ik op de opdrachtnemer die dezelfde of vergelijkbare taken uitvoert als werknemers en zich qua werkomstandigheden in een situatie bevindt die te vergelijken is met die van

2 Schade ontstaan in de privésfeer en tijdens woon-werkverkeer blijven daarom buiten beschouwing, met uitzondering van de verzekeringsplicht. Dat geldt in principe ook voor de verzekeringsuitkeringen en de publiekrechtelijke regelingen, zoals de Arbeidsomstandighedenwet en de (nog in te voeren) verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor opdrachtnemers. Dergelijke regelingen haal ik uitsluitend aan indien deze (mede) invulling (kunnen) geven aan een verbintenisrechtelijke norm.

de werknemers die bij dezelfde wederpartij werken of bij andere ondernemingen die actief zijn in dezelfde branche of sector.³ De zij-aan-zij-opdrachtnemer verricht de dienst als het ware onder leiding van de opdrachtgever en draagt niet of in mindere mate de commerciële risico's voor de activiteit van de opdrachtgever, dan wel is niet onafhankelijk ten aanzien van de uitvoering van de economische activiteit in kwestie.⁴ Ook dat is een vorm van afhankelijkheid.

Doordat het zij-aan-zij-criterium los(ser) staat van onder meer het tarief en de economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer kan de opdrachtnemer die een hoog tarief in rekening brengt dus een zij-aan-zij-opdrachtnemer zijn, evengoed als dat de opdrachtnemer aan de onderkant niet per se een zij-aan-zij-opdrachtnemer is. Kortom: de hoogte van het tarief is geen parameter bij het definiëren van een zij-aan-zij-opdrachtnemer; het gaat hierbij simpelweg om de opdrachtnemer die vergelijkbare taken verricht als de werknemer. Dat betekent ook dat de opdrachtnemer aan de onderkant niet altijd in een situatie verkeert waarin zijn werkomstandigheden vergelijkbaar zijn met die van werknemers. Oftewel: de opdrachtnemer aan de onderkant is niet altijd een zij-aan-zij-opdrachtnemer.

3.2 De schade- en aansprakelijkheidsregels van afdeling 7.7.1 BW

De regeling inzake de opdracht is een tamelijk summiere en algemene regeling. Dit uit zich ook op het gebied van schade- en aansprakelijkheidsregels. De opdrachtnemer die bij de uitvoering van de werkzaamheden schade lijdt, komt op grond van artikel 7:406 lid 2 BW slechts onder bijzondere omstandigheden voor vergoeding van deze schade in aanmerking (paragraaf 3.2.1). Voor de situatie waarin de opdrachtnemer schade veroorzaakt, kent afdeling 7.7.1 BW alleen de algemene open norm van artikel 7:401 BW: de opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen (paragraaf 3.2.2). Dit betreft geen aansprakelijkheidsgrondslag, maar kan wel invulling geven aan zo'n grondslag.

3.2.1 De opdrachtnemer lijdt schade

Het uitgangspunt van afdeling 7.7.1 BW is dat de opdrachtnemer die bij het uitvoeren van de opdracht schade lijdt, deze niet kan verhalen op de opdrachtgever.⁵ De ratio achter dit uitgangspunt is dat het loon wordt gezien als bevrijdende contraprestatie en mede een vergoeding omvat voor de risico's waarmee de uitoefening van de opdracht gepaard gaat.⁶ De opdrachtnemer is volgens de wetgever doorgaans zelf het beste in staat de risico's in te schatten, eventuele voorzorgsmaatregelen te nemen en een (ongevallen)

3 Deze definitie is ontleend aan Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel, *PbEU* 2022/C 123/01, punt 26-27; ACM 2023, p. 20.

4 De ACM heeft in haar leidraad enige contouren aan dit 'zij-aan-zij' gegeven (ACM 2023, p. 20 en 25-26).

5 Dit is mede af te leiden uit de parlementaire geschiedenis, waarin is opgemerkt dat afd. 7.7.1 BW '(...) de opdrachtnemer in bijzondere omstandigheden aanspraak op schadevergoeding jegens de opdrachtgever verleent' (*Kamerstukken II* 1989/90, 17 779, 4, p. 11).

6 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 337-338. Zie in vergelijkbare zin Haak & Zwitser 2003, p. 141; Boot 2005, p. 195; Lamers 2012, p. 106; Houweling 2021, p. 815.

verzekering af te sluiten, inclusief het doorberekenen van de verzekeringspremies in het loon.⁷ De verantwoordelijkheid wordt zodoende bij de opdrachtnemer neergelegd. Op dit uitgangspunt bestaan verschillende uitzonderingen, waarvan ik alleen de voor dit onderzoek relevante exceptie bespreek.⁸ Die exceptie houdt in dat de opdrachtgever gehouden is de schade te vergoeden die de opdrachtnemer lijdt ten gevolge van de hem niet toe te rekenen verwezenlijking van een aan de opdracht verbonden bijzonder gevaar. De opdrachtnemer komt voor deze vergoeding in aanmerking als is voldaan aan vier vereisten (artikel 7:406 lid 2 BW).

Ten eerste dient aan de opdracht een bijzonder gevaar te zijn verbonden,⁹ waarmee de dagelijkse gevaren buiten de werkingssfeer van artikel 7:406 lid 2 BW worden gehouden.¹⁰ Dergelijke gevaren hebben geen betrekking op de uitvoeringshandelingen van de opdracht.¹¹ De overtuiging is dat aan elke handeling risico's zijn verbonden en dat eenieder dat in beginsel zelf moet dragen. Voorbeelden van een aan de opdracht verbonden bijzonder gevaar zijn de stuntman, diepzeeduiker en uitsmijter.¹²

Ten tweede moet het verwezenlijkte gevaar de normale beroeps- of bedrijfsrisico's van de opdrachtnemer te buiten gaan.¹³ De gedachte hierachter is dat de opdrachtnemer voor deze risico's een voorziening zal kunnen treffen en de kosten daarvan kan doorberekenen in zijn loon (zie paragraaf 2.2).¹⁴ Deze gedachte gaat niet altijd op, en zij moet daarom onder omstandigheden worden afgezwakt. Ik noem twee voorbeelden. In de eerste plaats heeft de opdrachtnemer lang niet altijd zeggenschap over of invloed op de werkomstandigheden (zie paragraaf 3.3.1.1). In de tweede plaats is het doorberekenen van verzekeringspremies in het loon vaak geen reële mogelijkheid voor in ieder geval de opdrachtnemer aan de onderkant (zie paragraaf 1.1 en 2.1). Dat de gedachte die ten grondslag ligt aan artikel 7:406 lid 2 BW niet altijd opgaat, heeft niet geleid tot een andere toepassing van dit artikel,

7 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 338.

8 De andere uitzonderingen zien op de particuliere opdrachtgever en de opdracht om niet (art. 7:406 lid 2 BW), die allebei buiten de scope van dit onderzoek vallen (zie par. 1.2). Loos merkt in dit verband op dat het erop lijkt dat de wetgever bij de vormgeving van art. 7:406 lid 2 BW vooral heeft gedacht aan de situatie dat de niet-particuliere opdrachtnemer werkzaamheden verricht voor de particuliere opdrachtgever en niet aan de situatie die in dit onderzoek centraal staat: de niet-particuliere opdrachtnemer verricht werkzaamheden voor de niet-particuliere opdrachtgever (Loos, *NTBR* 1999/8, onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 338 (overigens wijst Loos abusievelijk naar p. 388)).

9 De betekenis van de term 'bijzonder gevaar' is identiek aan die van art. 6:173 en 6:175 BW (Loos, *NTBR* 1999/8).

10 *Kamerstukken II* 1989/90, 17 779, 4, p. 11.

11 T.a.v. het bijzondere gevaar komt het er niet zozeer op aan wat uit de aard van de opdracht als zodanig voortvloeit, maar veeleer op de uitvoeringshandelingen waartoe de opdrachtnemer zich heeft verplicht en de bijzondere omstandigheden die deze handelingen meebrengen (Zwalve, *RMThemis* 2012/2).

12 *Kamerstukken II* 1989/90, 17 779, 4, p. 12; De Vries 2015, p. 222; Ernes 2019/244; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/141.

13 Een van de spaarzame voorbeelden uit de rechtspraak betreft de opdrachtnemer die in eigen naam douaneaangifte deed voor fietsonderdelen uit China en aan wie achteraf een (antidumping) heffing werd opgelegd (rb. Rotterdam 20 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6974).

14 *Kamerstukken II* 1989/90, 17 779, 4, p. 11-12. Vgl. Haak & Zwitser 2003, p. 141; Ernes 2019/244.

maar staat wel aan de basis van andere gronden die op dit terrein bescherming van de opdrachtnemer kunnen meebrengen (zie paragraaf 3.3 en 3.4).

Ten derde moet causaal verband bestaan tussen de schade en de verwezenlijking van het bijzondere gevaar (artikel 6:98 BW).¹⁵ Het gaat hierbij om de leer van de redelijke toerekening.¹⁶

Ten vierde mag de schade niet aan de opdrachtnemer zijn toe te rekenen.¹⁷ De opdrachtnemer moet stellen, en bij voldoende betwisting bewijzen, dat de verwezenlijking van het bijzondere gevaar niet aan hem kan worden toegerekend. Slaagt hij daarin, dan lijkt het vervolgens niet meer relevant of de opdrachtgever iets valt te verwijten. Artikel 7:406 lid 2 BW spreekt immers alleen van het vereiste dat het de opdrachtnemer niet valt toe te rekenen en houdt dus een risicoaansprakelijkheid voor de opdrachtgever in. Daarentegen lijkt de opdrachtnemer – gezien de strenge formulering van artikel 7:406 lid 2 BW – geen recht te hebben op een schadevergoeding indien het ontstaan van de schade hem gedeeltelijk kan worden toegerekend.¹⁸ Deze ‘alles-of-niets’-benadering ten nadele van de opdrachtnemer vormt een uitzondering op de algemene eigenschuldregel van artikel 6:101 lid 1 BW (zie paragraaf 3.4.3.2) en brengt mee dat enige toerekening aan de zijde van de opdrachtnemer resulteert in het geheel vervallen van het recht op schadevergoeding.¹⁹ In de rechtsliteratuur is op dit punt wel een ruimere uitleg van artikel 7:406 lid 2 BW voorgesteld, omdat een dergelijke ‘alles-of-niets’-benadering niet meer in het huidige verbintenisrechtelijke systeem past.²⁰ Als artikel 7:406 lid 2 BW al ruimte voor een ruimere uitleg van dit vierde vereiste laat, dan denk ik niet dat deze uitleg voor de opdrachtnemer aan de onderkant veel verschil zou maken, omdat aan de eerste twee vereisten van artikel 7:406 lid 2 BW nog steeds zelden zal worden voldaan. De gegeven voorbeelden bij het eerste vereiste illustreren treffend dat het niet gaat om de vergoeding van ‘gewone’ schade.

Concreet betekent het voorgaande dat de opdrachtnemer op grond van artikel 7:406 lid 2 BW slechts sporadisch recht heeft op de vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden.²¹ De opdrachtnemer dient op basis van afdeling 7.7.1

15 Loos, *NTBR* 1999/8. De reden dat wordt aangesloten bij art. 6:98 BW kan worden gevonden in het feit dat met art. 7:406 lid 2 BW een bepaling is beoogd die slechts onder bepaalde omstandigheden een recht op schadevergoeding mogelijk maakt (Wessels 1994, p. 30).

16 Dat houdt in dat alleen voor vergoeding in aanmerking komt de schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de opdrachtgever berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend (*Asser/Sieburgh 6-II* 2021/57).

17 De maatstaf van art. 6:75 BW kan hier analoog worden toegepast: de verwezenlijking van het gevaar mag niet te wijten zijn aan de schuld van de opdrachtnemer of krachtens de wet, rechtshandeling of verkeersopvattingen voor zijn rekening komen (*Kamerstukken II* 1989/90, 17 779, 4, p. 11).

18 Loos, *NTBR* 1999/8.

19 Zie anders Lamers 2012, p. 106.

20 Pitlo/Croes e.a. 1995, p. 234; Loos, *NTBR* 1999/8.

21 Zie voor een vergelijkbare conclusie Pitlo/Croes e.a. 1995, p. 234; Loos, *NTBR* 1999/8; Boot 2005, p. 194 en 195; Lamers 2012, p. 106; Boot e.a., *De zpp'er (MSR nr. 64)* 2014/6.4.4; Houweling 2021, p. 815; Tjong Tjin Tai & Van Slooten 2021/6.3.1. Dat de opdrachtnemer slechts onder bijzondere omstandigheden in aanmerking komt voor een vergoeding van de schade op grond van art. 7:406 lid 2 BW, blijkt overigens ook expliciet uit *Kamerstukken II* 1989/90, 17 779, 4, p. 11.

BW dus in beginsel zorg te dragen voor zijn eigen belangen en zijn eigen schade te dragen. De mogelijkheid tot het treffen van voorzieningen en het doorberekenen van de kosten daarvan in het loon noemde ik eerder in deze paragraaf al geen reëel alternatief voor in ieder geval de opdrachtnemer aan de onderkant. Of een contractuele afwijking van artikel 7:406 lid 2 BW ten voordele van deze opdrachtnemer dat wel is, vraag ik mij af, nu dit sterk verband houdt met zijn onderhandelingspositie, die gezien zijn afhankelijke positie beperkt lijkt.²² Toch wordt de opdrachtnemer in dit verband onder omstandigheden beschermd en kan hij in aanmerking komen voor de vergoeding van de schade die hij oploopt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, zij het dat deze bescherming buiten afdeling 7.7.1 BW moet worden gevonden (zie paragraaf 3.3 en 3.4.1).

3.2.2 De opdrachtnemer brengt schade aan de opdrachtgever of een derde toe

De regeling inzake de opdracht kent geen aansprakelijkheidsgrondslag voor de situatie waarin de opdrachtnemer schade veroorzaakt aan de opdrachtgever of een derde. Wel is daarin bepaald dat de opdrachtnemer de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen (artikel 7:401 BW). Uit de formulering van artikel 7:401 BW maak ik op dat de opdrachtnemer deze zorgplicht niet alleen ten opzichte van de opdrachtgever heeft, maar ook tegenover derden. Wanneer uit deze algemene zorgplicht een concrete verplichting voortvloeit en de opdrachtnemer daarin tegenover de opdrachtgever toerekenbaar tekortschiet,²³ is de opdrachtnemer schadeplichtig (artikel 6:74 jo. 7:401 BW).²⁴ Als de opdrachtnemer zo'n verplichting schendt en daarmee schade toebrengt aan een derde, kan deze niet-contractspartij de opdrachtnemer aansprakelijk stellen op grond van de onrechtmatige daad (artikel 6:162 jo. 7:401 BW).

De opdrachtnemer voldoet aan zijn zorgplicht indien hij handelt zoals een redelijk bekwame en redelijk handelend vakgenoot hierbij te werk zou zijn gegaan.²⁵ Of als zo'n redelijk bekwame en redelijk handelend vakgenoot is gehandeld, is afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het geval, zoals de aard van de opdracht, de positie van de opdrachtnemer en de aard en ernst van de betrokken belangen,²⁶ en kan per beroepsgroep verschillen.²⁷ Zo zal de zorgplicht van een schoonmaker of pakketbezorger minder

22 Partijen kunnen bijv. in de overeenkomst opnemen dat bepaalde risico's die aan de uitvoering van de opdracht zijn verbonden, voor rekening van de opdrachtgever komen.

23 Zie voor de algemene zorgplicht als bundel voor concrete verplichtingen *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/93* e.v.

24 HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299; *Tjong Tjin Tai 2007*, p. 98 en 122 e.v.; *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/199*. Overigens kan deze aansprakelijkheid onder omstandigheden ook haar grondslag vinden in de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) (Du Perron 1999, p. 254 e.v.; *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/9* e.v.; Bakker, *ORP 2021/2*; *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/197*).

25 HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159 (*S./mr. V.*); HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1532 (*A c.s./E.*); HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3587 (*M./Z.*); HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3078.

26 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 323-324.

27 HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6693 (*Rabobank Schiedam-Vlaardingen/Erdem Beheer*). Vanwege de open norm van art. 7:401 BW meent Brunner dat dit artikel *de facto* niets toevoegt t.o.v. de eisen van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 BW (Brunner, *WPNR 1974/5285*). Ook andere auteurs zien deze open norm als een nodeloze *specialis* van de algemene contractuele norm (Van der Grinten 1993, p. 15; Wessels 1994, p. 12; *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/93*).

omvangrijk zijn dan die van een advocaat, accountant of notaris.²⁸ Het doel van de open norm van artikel 7:401 BW is het beschermen van de opdrachtgever tegen de ondeskundige opdrachtnemer en het voorkomen van de situatie waarin de opdrachtgever met de door de opdrachtnemer veroorzaakte schade blijft zitten.²⁹

De zorgplicht van de opdrachtnemer als bedoeld in artikel 7:401 BW houdt geen absolute waarborg in. Ten eerste vindt de zorgplicht haar beperking in de eigen verantwoordelijkheid van de opdrachtgever of derde. De opdrachtnemer mag in bepaalde situaties erop vertrouwen dat bijvoorbeeld de opdrachtgever zichzelf al op de hoogte heeft gesteld. Hierbij valt te denken aan een deskundige opdrachtgever,³⁰ dan wel de opdrachtgever die van tevoren reeds voldoende inzicht had.³¹ Ten tweede ontbreekt een zorgplicht voor omstandigheden waar redelijkerwijs geen rekening mee hoeft te worden gehouden. Zo hoeft een opdrachtnemer geen maatregelen te treffen tegen buitengewone gebeurtenissen of geringe risico's.³²

Afgezien van de open norm van artikel 7:401 BW zwijgt afdeling 7.7.1 BW over het geval waarin de opdrachtnemer schade veroorzaakt. Vanwege het regelende karakter kunnen de opdrachtgever en opdrachtnemer hierover afspraken maken. Zo kunnen partijen overeenkomen dat de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor de schade die het gevolg is van wanprestatie of onrechtmatige daad, beperkt is tot een bepaald bedrag.³³ Ook kunnen partijen in het contract bijvoorbeeld de norm van artikel 7:401 BW verder hebben geconcretiseerd. Dat kan ertoe leiden dat de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer is verruimd of beperkt, eventueel via een zogenoemd exonerationbeding (zie paragraaf 3.4.2), dat onder omstandigheden ook kan worden ingeroepen tegen derden (zie paragraaf 3.4.3.1). Het volledig uitsluiten van de zorgplicht ex artikel 7:401 BW lijkt echter niet mogelijk. Dat zou namelijk betekenen dat de opdrachtnemer in geen enkele zin zorg zou hoeven te besteden aan de uitvoering van de opdracht en de kwaliteit van zijn prestatie, wat nu juist de essentie van de opdracht is.³⁴ Een parallel kan worden getrokken met het exonerationbeding. Daarvoor geldt dat het exonereren voor iedere aansprakelijkheid, dus met inbegrip van

28 Bij de laatste groep wordt een bepaalde deskundigheid aanwezig geacht. In de jurisprudentie zijn voor deze beroepen dan ook specifieke maatstaven ontwikkeld m.b.t. de vraag of de opdrachtnemer handelt als een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot, die ik in dit onderzoek verder onbesproken laat (zie bijv. t.a.v. de advocaat HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159 (*S./mr. V.*), t.a.v. de accountant HR 6 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8457 (*Goedèl/Arts*) en t.a.v. de notaris HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976 (*Dicky Trading II*)).

29 Lamers 2012, p. 70.

30 Hoe deskundiger de opdrachtgever is, hoe minder snel de opdrachtnemer zijn zorgplicht heeft geschonden. In die situatie is bijv. waarschuwen minder snel noodzakelijk (HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0954 (*National Starch & Chemical*)).

31 HR 27 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0557 (*Meijer/S.*).

32 HR 22 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2021 (*Kromjongh/Van Dijk*); HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159 (*S./mr. V.*); HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1304 (*Expan Beheer*).

33 Het beding waarin de opdrachtnemer zich contractueel vrijwaart voor aansprakelijkheid ziet meestal op gedeelde winst en bedrijfsschade van de opdrachtgever en niet zozeer op letselschade en directe schade (Tjong Tjin Tai, *MvV* 2007/11.1; *Asser/Tjong Tjin Tai* 2022/211). In de praktijk komt dit overigens in de buurt van een volledige exoneration, nu de belangrijkste schadeposten van de opdrachtgever doorgaans uit gedeelde winst en bedrijfsschade bestaan (*Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2022/211).

34 Van Wechem 1994, p. 39; Lamers 2012, p. 145; *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2022/98.

de schade ontstaan door opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar, in principe stuit op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (zie paragraaf 3.4.1).³⁵

Bij gebreke van contractuele afspraken over schade en aansprakelijkheid vallen partijen terug op de algemene regels uit het verbintenissenrecht. Dit geldt zowel voor de situatie waarin de opdrachtnemer schade toebrengt aan de opdrachtgever (zie paragraaf 3.4.2) als aan een derde (zie paragraaf 3.4.3).

3.3 De schadelijdende opdrachtnemer: de zorgplicht van de opdrachtgever ex artikel 7:658 BW

Uit paragraaf 3.2.1 blijkt dat de opdrachtnemer op basis van de regeling inzake de opdracht zelden bescherming geniet in de situatie dat hij bij de uitvoering van zijn werkzaamheden schade oploopt. Het arbeidsovereenkomstenrecht kent juist een slachtoffervriendelijk regime (artikel 7:658 BW). Voor deze aansprakelijkheid is wel vereist dat de werkgever verwijtbaar is tekortgeschoten in de op hem rustende (strengere) zorgplicht (artikel 7:658 lid 2 jo. lid 1 BW). Hoewel strikt genomen dus geen sprake is van een risicoaansprakelijkheid, wordt relatief snel aangenomen dat de werkgever in zijn zorgplicht is tekortgeschoten.³⁶ De rechtvaardiging van deze bescherming houdt verband met de ongelijke positie waarin de werknemer zich ten opzichte van de werkgever bevindt.³⁷ Deze ongelijkheid openbaart zich in deze context vooral door de beslissende invloed die de werkgever heeft op de wijze waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd en de inrichting van de werkplek.³⁸ Andere

35 HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524 (*Gemeente Stein/Driessen*); HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5663 (*Spector/Fotoshop*); HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2984 (*BT Nederland/Scaramea*); HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9994 (*Van den Hoek/Pots*).

36 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, 14, p. 6; Asser 2003, p. 67; Hartlief 2003, p. 151; Vegter, *Bb* 2003/24; Rauws 2003, p. 149 e.v.; Waterman 2009, p. 82 en 164; Lindenberg, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (*Mon. Pr. nr. 13*) 2021/2.23; concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2023:348 voor HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:872 (*Hydrauvison Systems*).

37 Waterman 2009, p. 81 e.v., die schrijft dat de beschermingsfunctie het meest treffende kenmerk van art. 7:658 BW vormt.

38 HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD2996 (*Stichting Reclassering Nederland/X*); HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3985 (*Van Doesburg/Tan*); HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6657 (*ABN Amro/Nieuwenhuys*); Asscher-Vonk 2003, p. 140 e.v.; Van Nieuwstadt, *ArbeidsRecht* 2005/55; Tjong Tjin Tai 2007, p. 134; Waterman 2009, p. 81 en 164; Lebbing & Van der Veen, *TVP* 2011/3; Boot e.a., *De zzp'er* (*MSR nr. 64*) 2014/5.1; Lindenberg, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (*Mon. Pr. nr. 13*) 2021/3.22; Tjong Tjin Tai, *WPNR* 2022/7361.

rechtvaardigingen die wel worden genoemd, zijn de profijtgedachte,³⁹ de mogelijkheid tot risicospreiding (*risk spreading capacity*)⁴⁰ en de gevaartheorie.⁴¹

Tot 1 januari 1999 had artikel 7:658 BW alleen betrekking op de relatie tussen de werkgever en de werknemer. Met de Wet Flexibiliteit en zekerheid werd een schakelbepaling geïntroduceerd,⁴² inhoudende dat deze bescherming ook van toepassing kan zijn op de verhouding tussen degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten en de persoon die deze arbeid anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst verricht (artikel 7:658 lid 4 BW).⁴³ Uit het *Davelaar/Allspan*-arrest volgt dat de opdrachtnemer onder het beschermingsbereik van deze schakelbepaling valt indien (i) hij voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van de opdrachtgever én (ii) de werkzaamheden worden verricht in het kader van het beroep of bedrijf van de opdrachtgever (paragraaf 3.3.1).⁴⁴ Toch betekent dit niet dat, zodra de opdrachtnemer aan deze twee vereisten voldoet, hij zonder meer aanspraak kan maken op een vergoeding van de door hem geleden schade. Een zodanige aanspraak ontbreekt immers als de opdrachtgever geen zorgplicht had, de opdrachtgever zijn zorgplicht is nagekomen, de schade is ontstaan door opzettelijk of bewust roekeloos handelen van de opdrachtnemer of causaal verband tussen de normschending en de schade ontbreekt (paragraaf 3.3.2). Van zowel de zorgplicht ex artikel 7:658 lid 1 BW als de schakelbepaling van artikel 7:658 lid 4 BW kunnen partijen niet afwijken (paragraaf 3.3.3). Ik rond deze paragraaf af met enkele bespiegelingen, waarin ik tegen de achtergrond van artikel 7:658 lid 4 BW tot een (nog) ruimer bereik kom dan de huidige heersende leer (paragraaf 3.3.4).⁴⁵

Van de drie situaties die ik in paragraaf 3.1 heb onderscheiden, komt in deze paragraaf alleen de eerste situatie aan bod: de opdrachtnemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade. Dit hangt samen met het feit dat alleen de arbeidsovereenkomstrechtelijke regel ten aanzien van deze situatie expliciet van toepassing is verklaard op de verhouding tussen de opdrachtgever en een deel van de opdrachtnemers. Het eventueel doortrekken van andere

39 De werkgever trekt profijt uit het inschakelen van de werknemer in zijn bedrijf en omdat hij de lusten daarvan heeft, dient hij ook eerder de lasten te dragen. Bier 1988, p. 150 e.v.; Van Dam 2003, p. 413; Boot 2005, p. 198-199.

40 De werkgever is (beter) in staat zich te verzekeren tegen de risico's (en de kosten daarvan door te berekenen in de prijs). Boot 2005, p. 198-199; Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (Mon. Pr. nr. 13) 2021/3.22.

41 Het ervaringsfeit dat werkzaamheden een routinematig karakter krijgen, schept een (extra) risico voor schade. Asscher-Vonk 2003, p. 140 e.v.; Schouten 2020, p. 253 e.v. Deze gedachte komt ook in meerdere arresten van de HR voor (HR 27 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5606 (*Heesters/Schenkelaars*); HR 14 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC3514 (*Messaoudi/Hoechst*); HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5504 (*Sweegers/Van den Hout*); HR 16 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0717 (*Bruinsma Tapijt/Schuitmaker*)).

42 Het werd wenselijk geacht de rechtsregel uit het *Stormer/Vedox*-arrest (HR 15 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC4217) te codificeren (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, 14, p. 6). In dit arrest overwoog de HR – kort door de bocht – dat de werknemer die bij een derde tewerk is gesteld en schade lijdt, zowel de werkgever als de derde aansprakelijk kan stellen op grond van art. 6:162 BW.

43 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300.

44 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (*Davelaar/Allspan*).

45 Deze bespiegelingen behandel ik in een aparte paragraaf omwille van het creëren en het behouden van de noodzakelijke afstand en objectiviteit tot de bestudeerde rechtspraak in par. 3.3.1 en 3.3.2.

arbeidsovereenkomstrechtelijke regels op het gebied van schade en aansprakelijkheid op deze verhouding bespreek ik in paragraaf 3.5.

3.3.1 De reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW

Lange tijd bestond onzekerheid over de vraag of de opdrachtnemer via de schakelbepaling van artikel 7:658 lid 4 BW onder het bereik van het slachtoffervriendelijke regime ex artikel 7:658 BW kon vallen.⁴⁶ Die onzekerheid was voer voor discussie in de rechtsliteratuur en leidde tot tientallen rechtsgeschillen met tegenstrijdige oordelen als gevolg.⁴⁷ In het *Davelaar/Allspan*-arrest maakte de Hoge Raad een einde aan deze onzekerheid door te overwegen dat de bescherming van artikel 7:658 BW zo moet worden geïnterpreteerd dat deze ook betrekking heeft op personen die zich, wat de door de werkgever in acht te nemen zorgverplichtingen betreft, in een met een werknemer vergelijkbare positie bevinden.⁴⁸ De keuzevrijheid van de opdrachtgever om het werk te laten verrichten door (eigen) werknemers of door opdrachtnemers, behoort niet van invloed te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt.⁴⁹ Hiermee wordt voorkomen dat de opdrachtnemer op dezelfde wijze werkzaamheden verricht als de (eigen) werknemers, maar hij – in tegenstelling tot deze werknemers – niet wordt beschermd door artikel 7:658 BW. Bovendien zou de opdrachtgever anders zijn verantwoordelijkheid voor de zorg voor een veilige werkomgeving kunnen omzeilen door opdrachtnemers in plaats van werknemers in te schakelen. Daarmee zou het onwenselijke effect van een *race to the bottom* kunnen ontstaan. Uiteindelijk heeft mede deze beschermingsgedachte geresulteerd in het creëren van een *level playing field* als werkbare vorm. Voor de opdrachtnemer heeft dat ertoe geleid dat hij voor de bescherming van artikel 7:658 BW in aanmerking komt indien (i) hij voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van de opdrachtgever (paragraaf 3.3.1.1) én (ii) de werkzaamheden worden verricht in het kader van het beroep of bedrijf van de opdrachtgever (paragraaf 3.3.1.2).⁵⁰

In de feitenrechtspraak zijn de twee zojuist genoemde vereisten (verder) ingevuld en geconcretiseerd. Om te bezien hoe feitenrechters invulling aan deze normen geven, welk inzicht nodig is om te achterhalen wat het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant in deze context is en welke invloed de omstandigheden van het geval – en dan met name de hoedanigheid van partijen – hebben op dit beschermingsniveau, heb ik 21 gepubliceerde uitspraken bestudeerd (zie bijlage 1 'Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658

46 Deze onzekerheid werd veroorzaakt door de wetsgeschiedenis, waarin is opgemerkt dat de schakelbepaling van art. 7:658 lid 4 BW vooral van belang is voor uitzendarbeid, uitlening en aanneming van werk (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 263, 14, p. 6).

47 Zie voor een overzicht van de verschillende oordelen in de feitenrechtspraak en de standpunten in de rechtsliteratuur Schneider, *TAP 2011/7*.

48 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (*Davelaar/Allspan*).

49 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 263, 14, p. 6; *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, 7, p. 15; *Kamerstukken I 1998/99*, 26 257, 110b, p. 7.

50 Met deze mogelijke bescherming voor de opdrachtnemer is ook meteen een feit dat art. 7:406 lid 2 BW (zie par. 3.2.1) geen exclusieve werking heeft (in de rechtsliteratuur en rechtspraak werd hier nog wel eens van uitgegaan (zie bijv. Frenk, *NTBR 1998/2*; rb. Zwolle 28 november 2001, ECLI:NL:RBZWO:2001:AE5257)).

lid 4 BW'). De verzamelde feitenrechtspraak ziet op de periode tussen 23 maart 2012 (de datum van het *Davelaar/Allspan*-arrest) en 1 januari 2023.⁵¹ Vanwege de gekozen invalshoek van dit onderzoek zijn alleen de uitspraken bestudeerd die betrekking hebben op de opdrachtnemer⁵² die tegen loon zijn diensten aanbiedt en schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor de niet-particuliere opdrachtgever.⁵³ Ik heb geanalyseerd (A) of en wanneer aan het eerste vereiste is voldaan, (B) of en wanneer aan het tweede vereiste is voldaan, en bekeken of in deze kwestie (C) een rol is weggelegd voor de hoedanigheid van partijen, meer specifiek (C1) de hoogte van de beloning en (C2) de economische afhankelijkheid. De bestudering van de feitenrechtspraak heeft in dit verband een aantal zaken duidelijk gemaakt. Bij het trekken van algemene conclusies op basis van dit beeld is – om twee redenen in het bijzonder – enige voorzichtigheid op zijn plaats. Ten eerste betreft de bestudeerde rechtspraak louter gepubliceerde rechtspraak, waardoor niet vaststaat dat het beeld ook representatief is. Ten tweede is het al dan niet voldoen aan de vereisten van artikel 7:658 lid 4 BW afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit brengt mee dat de wijze waarop partijen een procedure voeren en wat zij daarin naar voren brengen, van invloed is op de uitkomst daarvan (artikel 24 Rv).

3.3.1.1 Vereiste 1: de opdrachtnemer is voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk van de opdrachtgever

De opdrachtnemer kan in een veiligheidsafhankelijke positie ten opzichte van de opdrachtgever verkeren. Als deze positie van de opdrachtnemer te vergelijken is met die van de werknemer tegenover de werkgever, verdient hij onder het beschermingsbereik van artikel 7:658 lid 4 BW te vallen, zo luidt de gedachte.⁵⁴ Het accent ligt op de aan artikel 7:658 lid 4 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte en niet (zozeer) op de overeenkomst die het fundament van de rechtsverhouding vormt. Hierdoor leent deze schakelbepaling zich voor toepassing indien de opdrachtnemer voor de zorg voor

51 De bestudeerde rechtspraak is verzameld via Legal Intelligence, Navigator, Rechtsorde en rechtspraak.nl. Hierbij heb ik (een combinatie van) de volgende zoektermen gebruikt: '7:658 lid 4 BW', '7:658 vierde', 'ECLI:NL:HR:2012:BV0616', 'LJN BV0616', '7:658 zzp', '7:658 zzp'er', '7:658 opdrachtnemer', '7:658 opdrachtgever', '7:658 overeenkomst van opdracht' en '7:658 23 maart 2012'. Hoewel ik heb geprobeerd zoveel mogelijk relevante rechtspraak te verzamelen, wordt volledigheid niet gegarandeerd.

52 Strikt genomen heb ik in dit verband voor een breder criterium gekozen dan alleen de opdrachtnemer. Ook de aannemer is namelijk in deze analyse betrokken, mits de aannemer een zelfstandig ondernemer is. De vereisten van art. 7:658 lid 4 BW zijn in deze situatie identiek aan die van de opdrachtnemer, waardoor de manier waarop in de feitenrechtspraak wordt omgesprongen met de vereisten van art. 7:658 lid 4 BW t.a.v. de schadelijgende aannemer, ook bruikbaar kan zijn t.a.v. de schadelijgende opdrachtnemer.

53 In een aantal gevallen verricht de zelfstandige zijn werkzaamheden bij een derde.

54 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (*Davelaar/Allspan*).

zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van de opdrachtgever,⁵⁵ waaronder in ieder geval de zij-aan-zij-opdrachtnemer lijkt te vallen. Oftewel: de opdrachtgever is ook verplicht veilige werkomstandigheden te creëren voor de opdrachtnemer zodra laatstgenoemde onder (nagenoeg) dezelfde omstandigheden als de (eigen) werknemers zijn werkzaamheden verricht.⁵⁶ De Hoge Raad heeft in dit kader drie omstandigheden geformuleerd die onder meer van belang zijn bij de inkleuring van dit eerste vereiste, namelijk: (i) de feitelijke verhoudingen tussen partijen, (ii) de aard van de verrichte werkzaamheden en (iii) de mate waarin de opdrachtgever invloed heeft op de werkomstandigheden van de opdrachtnemer en op de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's.⁵⁷ De geanalyseerde rechtspraak heeft deze omstandigheden verder ingevuld (zie bijlage 1 'Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658 lid 4 BW') en heeft de volgende bevindingen opgeleverd.

In de eerste plaats leid ik uit de geanalyseerde rechtspraak af dat het voor de invulling van het vereiste of de opdrachtnemer in een veiligheidsafhankelijke situatie verkeert, vooral lijkt te gaan om de vraag of de werkomstandigheden en de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's worden beïnvloed door de opdrachtgever of dat de opdrachtnemer die zelf vormgeeft, dan wel daar verantwoordelijk voor is (omstandigheid iii). Dat uit zich niet alleen in de mate waarin rechters expliciete aandacht aan deze omstandigheid schenken (slechts in één van de negentien gevallen waarin het eerste vereiste inhoudelijk werd behandeld, is niet expliciet ingegaan op deze omstandigheid), maar ook in het gewicht dat de aan- of afwezigheid van deze omstandigheid in de schaal lijkt te leggen. Het belang van deze omstandigheid is het logische gevolg van het feit dat de opdrachtgever die geen of slechts in beperkte mate invloed kan uitoefenen op de werkomstandigheden van de opdrachtnemer, de schade lastig kan voorkomen, waardoor de opdrachtnemer zich minder snel in een veiligheidsafhankelijke positie bevindt.⁵⁸ Daarbij gaat het er niet om of de opdrachtgever daadwerkelijk invloed op de werkomstandigheden uitoefent, maar of hij invloed op deze omstandigheden kan uitoefenen.⁵⁹ Als de opdrachtgever deze invloed heeft op de werklocatie (eigen werkplaats of het terrein dat onder zijn toezicht staat),⁶⁰

55 Het meetmoment van de vraag of de opdrachtnemer in een veiligheidsafhankelijke positie verkeert, is niet het moment van contractsluiting of het aanvangen van de werkzaamheden, maar het moment waarop de opdrachtnemer schade lijdt (zie bijv. hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300). Een analogie met de Haviltex-maatstaf is snel gemaakt, nu ook deze maatstaf weliswaar in beginsel op het moment van contractsluiting geldend is, maar als afspraken veranderen ook op de relevante volgende momenten (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes c.s./Haviltex*)). Valk en Schelhaas spreken in dit kader van 'voortschrijdende Haviltex' (Valk 2016, p. 31; Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (Mon. Pr. nr. 20) 2022/1.5.2).

56 Tot een vergelijkbare constatering komt o.a. Heerma van Voss, *NJ* 2014/414.

57 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (*Davelaar/Allspan*). Een grammaticale uitleg brengt overigens mee dat deze omstandigheden ten minste moeten worden meegenomen in de afweging of de opdrachtnemer in een veiligheidsafhankelijke positie verkeert, aangezien in de overweging van de HR het werkwoord 'kunnen' ontbreekt. Wel tonen de woorden 'onder meer' dat deze opsomming niet limitatief van aard is.

58 Ook in de rechtsliteratuur is hierop gewezen (zie bijv. Barentsen & Sagel, *NJB* 2012/2016; Blanken & Van Noort, *TVP* 2012/3).

59 Zie bijv. rb. Amsterdam 25 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6804; rb. Oost-Brabant 16 juni 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:3376.

60 Zie bijv. rb. Den Haag 1 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8149; hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6672; hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8068; rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:538.

dan wel (expliciete) zeggenschap heeft over het werktuig,⁶¹ wordt snel aangenomen dat de opdrachtnemer in een veiligheidsafhankelijke positie verkeert, nu de opdrachtgever in zo'n geval veiligheidsmaatregelen kan nemen. Dat geldt ook voor de situatie waarin de opdrachtgever zeggenschap over (de uitvoering van de werkzaamheden van) de opdrachtnemer heeft.⁶² Als de opdrachtgever de opdrachtnemer aanwijzingen geeft over de mate en wijze waarop de werkzaamheden moeten worden uitgevoerd (conform artikel 7:402 lid 1 BW),⁶³ nemen feitenrechters vrijwel direct aan dat die veiligheidsafhankelijke norm is voldaan.⁶⁴ De algemene opvatting van feitenrechters is doorgaans kennelijk dat deze (directe) zeggenschap in de regel meebrengt dat de opdrachtgever invloed kan uitoefenen op de werkomstandigheden en de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's.⁶⁵ Een voorbeeld hiervan is de opdrachtgever die de werkzaamheden coördineert.⁶⁶ Dit geldt in het bijzonder indien de coördinatie (ook) betrekking heeft op het veilig uitvoeren van de werkzaamheden.⁶⁷

In de tweede plaats worden de kennis en ervaring van partijen geregeld door feitenrechters betrokken bij de beantwoording van de vraag of de opdrachtnemer in een veiligheidsafhankelijke positie verkeert.⁶⁸ De kennis en ervaring van een partij kunnen iets zeggen over het feit of hij de aan de werkzaamheden verbonden risico's kende of behoorde te kennen en zijn als het ware onderdeel van de feitelijke verhouding tussen partijen (omstandigheid i).⁶⁹ Zonder het kennen of behoren te kennen van de risico's kan van een partij namelijk niet worden verwacht dat hij maatregelen treft ter voorkoming of beperking van eventuele

61 Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8068; rb. Overijssel 26 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2924; rb. Midden-Nederland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3374. Het enkel ter beschikking stellen van bepaald materiaal is dus onvoldoende om te concluderen dat de opdrachtnemer zich in een veiligheidsafhankelijke positie bevindt (zie bijv. rb. Zeeland-West-Brabant 22 september 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:4706).

62 Zie bijv. rb. Gelderland 14 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1966; hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3353; rb. Oost-Brabant 16 juni 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:3376.

63 Volledigheidshalve merk ik op dat de opdrachtnemer in deze situatie een schijnzelfstandige kan zijn, maar dat ik daar in dit onderzoek niet van uitga (zie par. 1.2.3 en 1.2.4).

64 Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3353.

65 Zie in min of meer vergelijkbare zin Schreuder, *JA* 2014/118; Quist, *JA* 2016/161. Overigens rekenen feitenrechters deze zeggenschap van de opdrachtgever onder de door de HR geformuleerde derde omstandigheid: de mate waarin de opdrachtgever invloed heeft op de werkomstandigheden van de opdrachtnemer en op de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's.

66 Zie bijv. rb. Overijssel 26 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2924; rb. Midden-Nederland 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5708.

67 Zie bijv. rb. Zeeland-West-Brabant 8 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:1574; rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:538.

68 In het verlonge hiervan ligt de aard van de verrichte werkzaamheden (omstandigheid ii). Daarbij kan worden gedacht aan gevaarlijk werk of werk dat dusdanig specialistisch is dat een bijzondere mate van kennis is vereist (Ruizeveld, *TRA* 2012/58; Kolder & Zwols, *MvV* 2012/6.2; Schreuder, *JA* 2014/118). De gedachte hierachter lijkt te zijn dat hoe meer risico's aan de uitvoering van de opdracht zijn verbonden, hoe eerder het voor de hand ligt dat de opdrachtnemer in een veiligheidsafhankelijke positie komt (zie bijv. rb. Gelderland 14 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1966; rb. Midden-Nederland 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5708).

69 Met 'behoorde te kennen' bedoel ik 'behoefde te kennen'. 'Behoorde te kennen' zou ook zo gelezen kunnen worden dat de opdrachtgever het feit mag kennen, wat niet hetzelfde is als wat van de opdrachtgever mag worden verwacht. In die zin is 'behoefde te kennen' ondubbelzinniger. Om niet af te wijken van de meest gangbare terminologie, heb ik in het vervolg van dit onderzoek toch gekozen voor de woorden 'behoorde te kennen'.

schade. In dit verband wordt doorgaans gekeken naar een ruim zij-aan-zij-criterium: het gaat erom dat de opdrachtnemer (in zekere zin) werkzaamheden verricht die de opdrachtgever ook door eigen werknemers laat verrichten of die qua werkomstandigheden in hoge mate daarmee vergelijkbaar zijn of zouden zijn indien de opdrachtgever eigen werknemers in dienst zou hebben.⁷⁰ Als dat het geval is, wordt – overeenkomstig de ratio van artikel 7:658 lid 4 BW – verondersteld dat de opdrachtnemer zich tegenover de opdrachtgever in een veiligheidsafhankelijke positie bevindt.⁷¹ Daar staat tegenover dat minder snel sprake zal zijn van zo'n positie als de opdrachtnemer juist wordt ingeschakeld vanwege zijn specifieke expertise die bij de opdrachtgever ontbreekt.⁷² Dit moet niet op één lijn worden gesteld met de hoedanigheid van de opdrachtnemer, die in deze context maar een beperkte rol speelt (zie ook bijlage 1 'Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658 lid 4 BW'). Dat een opdrachtnemer de risico's kende of behoorde te kennen of bijvoorbeeld een hoog tarief in rekening brengt, werkt vanuit een eenmanszaak of beschikt over een bedrijfspand, zegt op zichzelf bezien namelijk niets over het antwoord op de vraag of de opdrachtnemer voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van de opdrachtgever.⁷³ Plaats ik dat tegen de achtergrond van het thema aansprakelijkheid, dan is de bescheiden rol van de hoedanigheid van partijen niet vreemd te noemen, nu het bij deze thematiek vooral gaat om veiligheidsafhankelijkheid en minder om economische afhankelijkheid. De hoedanigheid van de opdrachtnemer kan mogelijk wel relevant zijn voor (de omvang van) de zorgplicht van de opdrachtgever (zie paragraaf 3.3.2.1).

Op basis van het voorgaande lijkt het er vooral om te draaien dat de opdrachtgever op de hoogte van het verwezenlijkte risico was of behoorde te zijn én daarop (enige) invloed kon uitoefenen.⁷⁴ Is dat het geval, dan voldoet de opdrachtnemer aan het eerste vereiste van artikel 7:658 lid 4 BW. Achter deze conclusie schuilt in mijn ogen ook een zeker gevaar, namelijk dat de opdrachtgever een strategisch beding kan opnemen waarin staat opgenomen dat de zeggenschap over zowel de werklocatie als het werktuig bij de opdrachtnemer ligt en dat de opdrachtgever geen zeggenschap over de opdrachtnemer zelf heeft. Daardoor is de opdrachtnemer – in ieder geval op papier – veelal niet voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk van de opdrachtgever.⁷⁵ Dit is met name problematisch als partijen niet over de contractstekst hebben onderhandeld en de opdrachtnemer geen invloed op de inhoud van die tekst heeft gehad.⁷⁶ In zo'n situatie dient de rechter bij de uitleg van

70 Dit ruime zij-aan-zij-criterium sluit aan bij de leidraad van de ACM (ACM 2023, p. 25-26).

71 Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6672; hof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8066; rb. Den Haag 29 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:8362.

72 Zie bijv. hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300; hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1097.

73 Zie bijv. hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300.

74 Hoewel bij de weging van de drie door de HR geformuleerde omstandigheden geen vaste verhouding bestaat en de ene omstandigheid niet per definitie zwaarder weegt dan een andere (concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:153 voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267 (*Vivat*)), lijkt daar in de feitenrechtspraak dus anders mee te worden omgesprongen.

75 Ook Hartlief wijst op dit risico (Hartlief, *NJB* 2012/1517).

76 Een grote ongelijkheid kan een gebrekkige, niet vrije wilsvorming van de zwakkere opdrachtnemer meebrengen en ertoe leiden dat hij de nadelige gevolgen van een contractuele bepaling niet overziet of niet anders kan dan deze te aanvaarden (Schelhaas 2018, p. 20; Grosheide & Van der Neut, *TAC* 2022/2; Van der Neut, *ArbeidsRecht* 2023/29).

de rechtsverhouding de aangevoerde feiten en omstandigheden te waarden tegen de achtergrond van de specifieke relatie tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer en kan de hoedanigheid van partijen wel een belangrijke rol spelen.⁷⁷ Wanneer verschillende verklaringen en gedragingen een conflicterend beeld geven, staat het de rechter vrij ander bewijs dan de contractstekst hoger te waarden, zoals de uitvoering van de overeenkomst.⁷⁸ Op die wijze kan de contractstekst vergaand worden gerelativeerd en kan alsnog worden voldaan aan het vereiste dat de opdrachtnemer voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van de opdrachtgever.⁷⁹

Overigens blijkt uit de bestudeerde rechtspraak dat de opdrachtnemer in vijftien gevallen in een veiligheidsafhankelijke positie verkeerde en dit in slechts drie zaken niet het geval was (zie bijlage 1 'Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658 lid 4 BW').⁸⁰ Toch is het wat kort door de bocht om op basis hiervan te concluderen dat de opdrachtnemer aan de onderkant in de regel voldoet aan het eerste vereiste van artikel 7:658 lid 4 BW.⁸¹ Naast de al eerder naar voren gebrachte redenen (zie paragraaf 3.3.1) – te weten: de bestudeerde rechtspraak betreft louter gepubliceerde rechtspraak en de uitkomst van de procedure is afhankelijk van wat partijen aanvoeren (artikel 24 Rv) – is het denkbaar dat alleen de kansrijke procedures aan rechters worden voorgelegd.

3.3.1.2 Vereiste 2: in het kader van het beroep of bedrijf van de opdrachtgever

Om onder de werkingssfeer van artikel 7:658 lid 4 BW te vallen en een beroep te kunnen doen op het slachtoffervriendelijke regime van artikel 7:658 BW, moet de schade die de in veiligheidsafhankelijke positie verkerende opdrachtnemer heeft opgelopen (het eerste vereiste), hebben plaatsgevonden 'in de uitoefening van het beroep of bedrijf' van de opdrachtgever (het tweede vereiste).⁸² Criteria aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of aan dit tweede vereiste is voldaan, zijn in de wetsgeschiedenis niet gegeven. Daarin is slechts in algemene zin opgemerkt dat het moet gaan om werkzaamheden die de opdrachtgever in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf eveneens door

77 *Asser/Sieburgh 6-III 2022/126*. Dat bij de uitleg van de overeenkomst rekening kan worden gehouden met de hoedanigheid van partijen, waaronder de maatschappelijke kringen waartoe partijen behoren en welke rechtskennis van hen kan worden verwacht, blijkt ook expliciet uit HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes/Haviltex*).

78 De waarde die de contractstekst bij de uitleg van de rechtsverhouding heeft, hangt telkens af van de omstandigheden van het geval. Daarbij bestaat geen *a-priori*-rangorde tussen schriftelijke bepalingen, mondelinge verklaringen en gedragingen. Vgl. Valk 2016, p. 25; Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (Mon. Pr. nr. 20) 2022/1.3.4*; Grosheide & Schelhaas 2022/1.3.4; Van der Neut, *TAC 2022/2*.

79 Grosheide & Van der Neut, *TAC 2022/2*.

80 Ter volledigheid merk ik op dat één keer niet is ingegaan op dit vereiste vanwege het ontbreken van het tweede vereiste en dat in twee gevallen niet kon worden beoordeeld of sprake was van het eerste vereiste, wat verband hield met de bewijsvoering van partijen.

81 Al zou deze conclusie mij niet verbazen. Daarbij moet worden bedacht dat niet is vereist dat de opdrachtnemer voor de zorg voor zijn veiligheid volledig afhankelijk is van de opdrachtgever; een gedeeltelijke afhankelijkheid voor de zorg voor zijn veiligheid is ook voldoende, gelet op het woord 'mede'.

82 Het begrip 'bedrijf' dient ruim te worden uitgelegd. Zo valt onder dit begrip ook de stichting die een school exploiteert (Van Drongelen, *ArbeidsRecht 2016/45*).

eigen werknemers had kunnen laten verrichten.⁸³ De Hoge Raad kwam in deze context tot een ruime lezing en overwoog dat onder de beroeps- of bedrijfsuitoefening ook andere dan de kernactiviteiten kunnen vallen, ook wel de branchevreemde of bedrijfsvreemde activiteiten genoemd.⁸⁴ Daarbij is beslissend of de verrichte werkzaamheden, gezien de wijze waarop de desbetreffende opdrachtgever aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren.⁸⁵ Dat zal aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld.⁸⁶ Anders dan bij het eerste vereiste heeft de Hoge Raad geen omstandigheden geformuleerd die voor de invulling van dit criterium relevant (kunnen) zijn. Bij het bestuderen van de feitenrechtspraak (zie bijlage 1 'Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658 lid 4 BW') ben ik tot het inzicht gekomen dat de volgende omstandigheden van belang zijn om te kunnen beoordelen of de verrichte werkzaamheden feitelijk tot de beroeps- of bedrijfsvoering van de opdrachtgever behoren: (i) het eigen personeel van de opdrachtgever, (ii) de door de opdrachtgever omschreven activiteiten en (iii) kennis van zaken aan de zijde van de opdrachtgever. Tijdens deze bestudering – en tegen de achtergrond van het *Davelaar/Allspan*-arrest – viel mij op dat de verrichte werkzaamheden feitelijk tot de beroeps- of bedrijfsvoering van de opdrachtgever kunnen behoren vanuit zowel een objectieve benadering als een meer subjectieve benadering.⁸⁷ Dat vergt enige toelichting.

Met een objectieve benadering bedoel ik dat de werkzaamheden van de opdrachtnemer naar objectieve maatstaven tot het domein van de onderneming van de opdrachtgever behoren, waartoe de kernactiviteiten van de opdrachtgever worden gerekend en de werkzaamheden die in het verlengde daarvan liggen.⁸⁸ Dit geldt ook voor de situatie waarin de opdrachtgever zijn kernactiviteiten heeft uitgebreid met nevenactiviteiten.⁸⁹ In deze context wordt bekeken of de eigen werknemers van de opdrachtgever de werkzaamheden ook kunnen verrichten, wat bijvoorbeeld kan blijken uit het personeelsbestand van de opdrachtgever (omstandigheid I)⁹⁰ of de door de opdrachtgever omschreven activiteiten op zijn website of

83 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 263, 14, p. 6; *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, 7, p. 15; *Kamerstukken I 1998/99*, 26 257, 110b, p. 7.

84 Zie voor de bespreking of bepaalde activiteiten tot de kernactiviteiten behoren Blanken & Van Noort, *TVP 2012/3.2*; Boot e.a., *De zzp'er (MSR nr. 64) 2014/5.4.4*.

85 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (*Davelaar/Allspan*).

86 Concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:153 voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267 (*Vivat*).

87 Barentsen en Sagel spreken in dit kader van een 'én-én-benadering' (Barentsen & Sagel, *NJB 2012/2016*). Ook Houweling, Schneider, Roth en Van der Kolk lijken ruimte voor deze benadering te zien (Houweling & Schneider, *AV&S 2012/11*; Roth & Van der Kolk, *L&S 2013/2*).

88 Zie bijv. rb. Oost-Brabant 16 juni 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:3376. Zie voor een voorbeeld waarin hiervan geen sprake was hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1097, waarin het ontlasten en reinigen niet kwalificeerde als liggen in het verlengde van de kernactiviteiten, die bestonden uit het verkopen, onderhouden en repareren van doseerpompen.

89 Concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:153 voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267 (*Vivat*).

90 Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6672; rb. Overijssel 26 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2924; rb. Midden-Nederland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3374.

in het Handelsregister (omstandigheid II).⁹¹ De werkzaamheden die de opdrachtgever door eigen werknemers zou kunnen laten uitvoeren, maar die – om welke reden dan ook – zijn uitbesteed aan opdrachtnemers, behoren evident tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever.⁹² Zodoende zal tenminste de zij-aan-zij-opdrachtnemer doorgaans zijn werkzaamheden verrichten in het kader van het beroep of bedrijf van de opdrachtgever.

Naast een objectieve benadering heeft de Hoge Raad een meer subjectieve benadering omarmd: als bij de opdrachtgever bepaalde werkzaamheden feitelijk (plegen te) worden verricht die niet tot de kernactiviteiten behoren en ook niet in het verlengde daarvan liggen, worden deze werkzaamheden evengoed in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de opdrachtgever verricht.⁹³ Hieruit maak ik op dat het tweede vereiste van artikel 7:658 lid 4 BW ruim moet worden geïnterpreteerd. Als de werkzaamheden namelijk niet overeenkomen met bijvoorbeeld de omschrijving op de website of in het Handelsregister (objectief) (omstandigheid II), wordt toch aan dit vereiste voldaan indien de werkzaamheden feitelijk tot de bedrijfsuitoefening behoren (subjectief).⁹⁴ Andersom geldt dat, als de werkzaamheden worden genoemd in een van deze omschrijvingen of daarmee verband houden (objectief), uit de jurisprudentie volgt dat in beginsel is voldaan aan dit vereiste, terwijl deze werkzaamheden wellicht niet (meer) tot de feitelijke bedrijfsuitoefening behoren (subjectief). Het is dan aan de opdrachtgever eventueel tegenbewijs te leveren.⁹⁵

Voor de meer subjectieve benadering is irrelevant of de werkzaamheden ook door eigen werknemers kunnen worden verricht. Het is zelfs mogelijk dat bepaalde werkzaamheden kwalificeren als in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de opdrachtgever, zonder dat de opdrachtgever ook maar ooit werknemers in dienst heeft gehad;⁹⁶ het gaat er immers om dat de werkzaamheden 'gewoonlijk' in de onderneming worden uitgeoefend.⁹⁷ Wel is het zo dat de opdrachtgever enige kennis van zaken (in huis) moet hebben (omstandigheid III).⁹⁸ Als dat ten aanzien van (een deel van) de werkzaamheden het geval is, dan maken deze werkzaamheden feitelijk deel uit van de beroeps- of bedrijfsvoering van de opdrachtgever.⁹⁹ De rechtbank Gelderland kwam in dit kader tot het interessante oordeel dat de werkzaamheden tot de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever behoorden, omdat

91 Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6672; hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8068; hof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8066; rb. Overijssel 26 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2924; rb. Zeeland-West-Brabant 8 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:1574; rb. Amsterdam 23 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6802; rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:538.

92 Zie bijv. rb. Den Haag 1 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8149; rb. Midden-Nederland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3374.

93 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (*Davelaar/Allspan*).

94 Zie bijv. rb. Midden-Nederland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3374.

95 Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6672.

96 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3142 (*Parochie*). Zie bijv. ook rb. Zeeland-West-Brabant 8 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:1574; rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:538; rb. Amsterdam 25 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6804; Vegter, *JAR* 2018/14.

97 *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2020/272.

98 Zie bijv. hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300; hof Arnhem-Leeuwarden 13 september 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:7869.

99 Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8066.

de opdrachtgever ervoor had kunnen kiezen de werkzaamheden te laten uitvoeren door een via een uitzendbureau ingehuurd arbeidskracht. Hieraan voegde de rechtbank de zin toe dat de opdrachtgever dat ook wel deed.¹⁰⁰ Onduidelijk is of de rechtbank hetzelfde had beslist als de opdrachtgever deze werkzaamheden voor het eerst had laten uitvoeren door een uitzendkracht. Daar is naar mijn mening wel wat voor te zeggen, omdat de uitzendkracht onder leiding en toezicht van de inlenende opdrachtgever de werkzaamheden zal verrichten,¹⁰¹ waarvoor de opdrachtgever (enige) kennis van zaken moet hebben.¹⁰²

Het voorgaande laat concreet zien dat met de ‘én-én-benadering’, oftewel: de objectieve en de meer subjectieve benadering, het beschermingsbereik van artikel 7:658 lid 4 BW als ruim moet worden beschouwd.¹⁰³ Daarmee wordt voorkomen dat de opdrachtgever zijn eventuele zorgplicht van artikel 7:658 BW gemakkelijk kan ontwijken door (bepaalde) activiteiten structureel uit te besteden, terwijl dit werk in principe wel tot de bedrijfsvoering van de opdrachtgever behoort.¹⁰⁴ Het is naar mijn mening terecht dat het uitbesteden van werkzaamheden *an sich* onvoldoende is om te concluderen dat de uitbestede werkzaamheden niet tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever behoren. Een andere lezing zou zich immers slecht verhouden tot de ratio van artikel 7:658 lid 4 BW, die erin is gelegen dat de keuzevrijheid van de opdrachtgever om het werk te laten verrichten door (eigen) werknemers of door opdrachtnemers, niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt.¹⁰⁵ Deze ruime benadering is min of meer terug te zien in de geanalyseerde rechtspraak: van de achttien gevallen waarin is nagegaan of aan het tweede vereiste van artikel 7:658 lid 4 BW is voldaan, werd zestien maal geoordeeld dat dit het geval was (zie bijlage 1 ‘Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658 lid 4 BW’).¹⁰⁶ Wederom merk ik op dat voorzichtigheid is geboden bij het trekken van algemene conclusies op

100 Rb. Gelderland 14 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1966. De mogelijkheid bestaat dat de rechtbank tot deze conclusie is gekomen, omdat in het verleden gebruik is gemaakt van een uitzendkracht, met als gevolg dat de werkzaamheden feitelijk tot de bedrijfsuitoefening behoren. Een duidelijke motivering op dit punt ontbreekt echter.

101 Het element ‘leiding en toezicht’ moet op dezelfde wijze worden uitgelegd als het element ‘gezag’ in de zin van art. 7:610 BW (HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*StiPP/Care4Care*)).

102 Overigens is het mogelijk dat de opdrachtgever niet of nauwelijks kennis en ervaring heeft voordat de opdrachtnemer begint aan de opdracht, maar dat, vanwege de wijze waarop partijen met elkaar samenwerken, er geleidelijk kennis wordt opgedaan (zie bijv. hof ’s-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300). Het gaat erom dat op het moment dat de opdrachtnemer schade lijdt, de werkzaamheden behoren tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever.

103 Deze ruime uitleg lijkt te kunnen meebrengen dat ondersteunende werkzaamheden wellicht kwalificeren binnen het kader van en feitelijk behorend tot de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever, zoals administratie, beveiliging, catering, schoonmaak en technische dienst (Heerma van Voss, *NJ* 2014/414; hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:215; Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (*Mon. Pr. nr. 13*) 2021/3.35). Bovendien is het mogelijk dat de opdrachtgever voor (een deel van) deze werkzaamheden eigen personeel in dienst heeft. In dat geval behoren de werkzaamheden in ieder geval tot de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever.

104 Met enige lenigheid zou dan zelfs kunnen worden betoogd dat de uitzendkrachten of opdrachtnemers die op zekere structurele basis werkzaamheden voor de opdrachtgever verrichten, onderdeel uitmaken van het ‘personeelsbestand’ van de opdrachtgever.

105 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, 14, p. 6; *Kamerstukken II* 1998/99, 26 257, 7, p. 15; *Kamerstukken I* 1998/99, 26 257, 110b, p. 7.

106 Ter volledigheid merk ik op dat in drie uitspraken niet is ingegaan op dit vereiste vanwege de afwezigheid van het eerste vereiste.

basis van mijn rechtspraakonderzoek (zie paragraaf 3.3.1, waarin ik – kort gezegd – als redenen aanvoer dat het louter gepubliceerde rechtspraak betreft en dat de uitkomst van de procedure afhankelijk is van wat partijen in een procedure aanvoeren (artikel 24 Rv)).

3.3.2 *De zorgplicht van artikel 7:658 BW*

In paragraaf 3.3.1 ging het om de vraag wanneer de opdrachtnemer onder de reikwijdte van artikel 7:658 BW valt. In deze paragraaf ga ik ervan uit dat de opdrachtnemer daaronder valt. Dat betekent nog niet automatisch dat de schade van de opdrachtnemer voor vergoeding in aanmerking komt. Dat is namelijk afhankelijk van de vraag of de opdrachtgever een zorgplicht heeft in de zin van artikel 7:658 lid 1 BW en, zo ja, of hij die heeft geschonden. Deze zorgplicht houdt in dat de werkomgeving op zodanige wijze moet zijn ingericht en onderhouden, alsmede dat voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen zijn getroffen en aanwijzingen zijn verstrekt als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt (artikel 7:658 lid 1 BW). In de rechtspraak zijn veel (strengere) normen ontwikkeld over (de omvang van) die zorgplicht. Hoewel de verhouding tussen de werkgever en werknemer daarin doorgaans centraal stond, ligt het in mijn ogen voor de hand dat deze normen analoog kunnen worden toegepast op de relatie tussen de opdrachtgever en de ‘artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer’ (hierna: opdrachtnemer).¹⁰⁷ De ratio van deze normen wordt namelijk vooral gevonden in het feit dat de werkgever zeggenschap heeft over de werkomstandigheden.¹⁰⁸ Ook de ‘artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtgever’ (hierna: opdrachtgever) heeft deze zeggenschap, waardoor het logisch voorkomt dat de normen die in de rechtspraak zijn ontwikkeld ten aanzien van de relatie werkgever-werknemer, in beginsel ook betrekking hebben op de verhouding opdrachtgever-opdrachtnemer.¹⁰⁹ Dat betekent niet dat er geen verschillen bestaan tussen de zorgplicht van de werkgever en die van de opdrachtgever. In het vervolg van deze paragraaf ligt de focus op die (nuance)verschillen, waarbij ik de andere aspecten van de zorgplicht slechts op hoofdlijnen bespreek.

Het uitgangspunt van de zorgplicht ex artikel 7:658 BW is dat als de opdrachtnemer schade oploopt in de uitoefening van de werkzaamheden,¹¹⁰ de opdrachtgever daarvoor aansprakelijk is (artikel 7:658 lid 2 BW). Het criterium ‘in de uitoefening van de werkzaamheden’ moet

¹⁰⁷ Zie in soortgelijke zin Kolder, *AV&S* 2018/25.

¹⁰⁸ Zie bijv. HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD2996 (*Stichting Reclassering Nederland/X*); HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290 (*Hertel/Van der Lugt*); HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6657 (*ABN Amro/Nieuwenhuys*).

¹⁰⁹ Steun voor mijn zienswijze is mede in de feitenrechtspraak te vinden, nu de opdrachtgever waarop art. 7:658 lid 4 BW van toepassing is, door feitenrechtters soms wordt aangeduid als werkgever in de zin van art. 7:658 BW (zie bijv. hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300; rb. Den Haag 1 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8149; hof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8066).

¹¹⁰ Er kan sprake zijn van een arbeidsongeval of een beroepsziekte. In principe kan de opdrachtnemer voor de vergoeding van beide schadeposten in aanmerking komen. Wel is het voor de opdrachtnemer bij een beroepsziekte lastiger te bewijzen dat hij deze heeft opgelopen ‘in’ of ‘door’ de uitoefening van de werkzaamheden. Verder laat ik het onderscheid tussen deze schadeposten achterwege.

ruim worden opgevat.¹¹¹ Hieronder wordt in ieder geval verstaan elke plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt.¹¹² Het is echter ook mogelijk dat de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden op plaatsen komt die niet aan deze definitie voldoen. Onder omstandigheden kan de zorgplicht meebrengen dat maatregelen moeten worden genomen en aanwijzingen dienen te worden verstrekt om zoveel mogelijk te voorkomen dat buiten de arbeidsplaats schade wordt geleden.¹¹³ Als hiervan sprake is en de opdrachtgever verzuimt daarin, kan hij ook aansprakelijk worden gehouden voor de schade die de opdrachtnemer buiten de arbeidsplaats heeft opgelopen. Wel is het zo dat hoe minder zeggenschap en invloed de opdrachtgever op de werkomstandigheden heeft, hoe minder van hem kan worden verwacht.¹¹⁴ De zeggenschap en invloed van de opdrachtgever op de werkomstandigheden is dus niet alleen relevant voor de invulling van artikel 7:658 lid 4 BW (zie paragraaf 3.3.1.1), maar bestrijkt ook (de omvang van) de zorgplicht van de opdrachtgever.

Als komt vast te staan dat de opdrachtnemer schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, kan de opdrachtgever aansprakelijkheid ontlopen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat sprake is van een wettelijke uitzonderingssituatie in de zin van artikel 7:658 BW. De drie uitzonderingen op dit gebied zijn: (i) de opdrachtgever heeft aan zijn zorgplicht voldaan (artikel 7:658 lid 2 jo. lid 1 BW) (paragraaf 3.3.2.1), (ii) de schade is in belangrijke mate het gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid van de opdrachtnemer (artikel 7:658 lid 2 BW) (paragraaf 3.3.2.2) en (iii) de schade zou ook zijn ingetreden als de opdrachtgever aan zijn zorgplicht had voldaan (paragraaf 3.3.2.3).¹¹⁵ Als de opdrachtgever er niet in slaagt een van deze uitzonderingssituaties te bewijzen, dan zal hij in beginsel aansprakelijk worden geacht, terwijl niet is komen vast te staan dat hij daadwerkelijk is tekortgeschoten in zijn zorgplicht. In dit verband wordt wel gesproken van een schuldaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast die naar een risicoaansprakelijkheid neigt,¹¹⁶ van een risicoaansprakelijkheid met exoneratie,¹¹⁷ van een pseudo-risicoaansprakelijkheid¹¹⁸ en van een aansprakelijkheid die zover gaat dat een risicoaansprakelijkheid in de praktijk toch dicht in de buurt komt.¹¹⁹ Dat lijkt ook te kunnen worden opgemaakt

111 Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (Mon. Pr. nr. 13) 2021/3.12, die spreekt over een ruimtelijke dimensie (de werkplek) en een functionele dimensie (het werk).

112 HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD2996 (*Stichting Reclassering Nederland/X*); HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2113 (*De Bont/Oudenallen Betonbouw*); HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB6178 (*NCM Eurocollect Detachering*). Met deze maatstaf wordt overigens aangesloten bij art. 1 lid 3 sub g Arbowet.

113 HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3689 (*PTT Post/Baas*); HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129 (*Maatzorg/Van der Graaf*).

114 Dit is ook op te maken uit een analoge toepassing van HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519 (*Pelowski/Vernooy Transport en BTS*).

115 Hoewel de derde uitzondering niet expliciet uit de wettekst volgt, ligt deze mogelijkheid wel voor de hand, nu art. 7:658 BW een schuldaansprakelijkheid is. Dit valt ook op te maken uit HR 10 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3837 (*Fransen/Pasteurziekenhuis*); HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8254 (*Peters/Hofkens*); HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8337 (*Van Gastel/Van Aert*).

116 Vegter, *Bb* 2003/24; Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (Mon. Pr. nr. 13) 2021/2.23.

117 Asser 2003, p. 67.

118 Hartlief 2003, p. 151.

119 Rauws 2003, p. 149 e.v.; Waterman 2009, p. 82 en 164.

uit mijn rechtspraakonderzoek (zie bijlage 2 'Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658 lid 4 jo. lid 1 BW'), dat uitbreider aan bod komt in paragraaf 3.3.2.1.

3.3.2.1 *Voldaan aan zorgplicht*

De zorgplicht van de opdrachtgever wordt begrensd door wat redelijkerwijs van hem kan worden verwacht (artikel 7:658 lid 1 BW). Uit het woord 'redelijkerwijs' is op te maken dat deze aansprakelijkheid een schuldaansprakelijkheid is en geen risicoaansprakelijkheid; de opdrachtgever moet een verwijt kunnen worden gemaakt. De Hoge Raad heeft in dit licht meerdere malen overwogen dat artikel 7:658 BW geen absolute waarborg beoogt te scheppen, ook niet als de werkzaamheden bijzondere risico's meebrengen.¹²⁰ Zelfs als in theorie volledige bescherming mogelijk is, wordt dit in de praktijk dus niet gevergd.

Wat redelijkerwijs van de opdrachtgever kan worden verwacht met het oog op veiligheidsinstructies (en waarschuwingen), veiligheidsmaatregelen en toezicht op de naleving daarvan, is telkens afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De rechtspraak op dit gebied is zeer casuïstisch van aard. In dit kader heb ik vijftien feitenuitspraken geanalyseerd (zie bijlage 2 'Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658 lid 4 jo. lid 1 BW'), die bestaan uit de uitspraken waarin is geoordeeld dat aan beide vereisten van artikel 7:658 lid 4 BW is voldaan (zie bijlage 1 'Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658 lid 4 BW').¹²¹ Daarbij heb ik bekeken (A) of de opdrachtgever tekort is geschoten in zijn zorgplicht, (B) of rechters expliciet zijn ingegaan op het feit dat sprake is van zelfstandig ondernemerschap, (C) of een speciale invulling is gegeven aan de zorgplicht van de opdrachtgever vanwege het zelfstandig ondernemerschap en (D) wat de rol in deze kwestie is van de hoedanigheid van partijen, meer specifiek (D1) de hoogte van de beloning en (D2) de economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer. Daarnaast heb ik de 'standaardarresten' op dit

120 HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4090 (*Laudy/Fair Play*); HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8254 (*Peters/Hofkens*); HR 5 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1463 (*De Lozerhof/Van Duyvenbode*); HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313 (*Bayar/Wijnen*); HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7423 (*Lagraauw/Van Schie*); HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223 (*De Rooyse Wissel*); HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519 (*Pelowski/Vernooy Transport en BTS*).

121 De verzamelde feitenrechtspraak uit bijlage 1 ziet op de periode tussen 23 maart 2012 (de datum van het *Davelaar/Allspan*-arrest) en 1 januari 2023 en is verzameld via Legal Intelligence, Navigator, Rechtsorde en rechtspraak.nl. Hierbij heb ik (een combinatie van) de volgende zoektermen gebruikt: '7:658 lid 4 BW', '7:658 vierde', 'ECLI:NL:HR:2012:BV0616', 'LJN BV0616', '7:658 zzp', '7:658 zzp'er', '7:658 opdrachtnemer', '7:658 opdrachtgever', '7:658 overeenkomst van opdracht' en '7:658 23 maart 2012'. Hoewel ik heb geprobeerd zoveel mogelijk relevante rechtspraak te verzamelen, wordt volledigheid niet gegarandeerd.

gebied bestudeerd.¹²² Op basis van (de combinatie van) mijn rechtspraakonderzoek en de bestudering van de standaardarresten constateer ik – met enige voorzichtigheid¹²³ – dat de zorgplicht van artikel 7:658 BW weliswaar geen absolute waarborg schept, maar dat aan de naleving van deze zorgplicht wel (met de werkgever vergelijkbare) hoge eisen worden gesteld.¹²⁴ Zo wordt een hoog veiligheidsniveau van de werkruimte, werktuigen, gereedschappen, kleding en organisatie van de werkzaamheden gevegd.¹²⁵ Dit geldt op dezelfde voet voor de veiligheidsinstructies (en waarschuwingen), de veiligheidsmaatregelen en het toezicht op de naleving van de eventuele instructies en maatregelen.¹²⁶ In deze context vallen mij twee elementen in het bijzonder op, die van invloed (kunnen) zijn op het beschermingsniveau van de opdrachtnemer, en verband houden met de omvang van de zorgplicht van de opdrachtgever en een mogelijke nuancering op die zorgplicht.

Ten eerste lijkt het erop dat de zorgplicht van de opdrachtgever omvangrijker is als de opdrachtnemer naast een werknemer zijn werkzaamheden verricht. De reden daarvan is dat de zorg die in de gegeven omstandigheden van de opdrachtgever redelijkerwijs mag worden verwacht, kan worden ingekleurd door zowel geschreven als ongeschreven

- 122 Dit betreffen de volgende dertien arresten: HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4090 (*Laudy/Fair Play*); HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7000 (*Dusarduyn/Du Puy*); HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8254 (*Peters/Hofkens*); HR 5 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1463 (*De Lozerhoff/Van Duyvenbode*); HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313 (*Bayar/Wijnen*); HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6526 (*Feenstra/Haije*); HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7355 (*Van Veghel/Hendriks*); HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7423 (*Lagraauw/Van Schie*); HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9225 (*Tarioui/Vendrig*); HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129 (*Maatzorg/Van der Graaf*); HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223 (*De Rooyse Wissel*); HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7590 (*Giraldo/Antilles*); HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519 (*Pelowski/Vernooy Transport en BTS*). Deze arresten hebben betrekking op de verhouding werkgever-werknemer, maar kunnen m.i. analoog worden toegepast op de relatie opdrachtgever-art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' (zie par. 3.3.2). Enige nuanceringen op dit uitgangspunt maak ik later in deze paragraaf.
- 123 Hiermee doel ik op de voorzichtigheid die in acht moet worden genomen bij het trekken van algemene conclusies op basis van mijn rechtspraakonderzoek, waarin ik in par. 3.3.1 – kort gezegd – als redenen heb aangevoerd dat het louter gepubliceerde rechtspraak betreft en dat de uitkomst van de procedure afhankelijk is van wat partijen in een procedure aanvoeren (art. 24 Rv).
- 124 Vanuit het gemene aansprakelijkheidsrecht laat zich dit verklaren door het feit dat het bij art. 7:658 BW draait om een veiligheidsverplichting die beoogt bescherming te bieden tegen letsel en andere gezondheidsschade. Tevens is deze aansprakelijkheid vaak goed te dekken door een verzekering. Vgl. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (Mon. Pr. nr. 13) 2021/3.22.
- 125 HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9225 (*Tarioui/Vendrig*); HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129 (*Maatzorg/Van der Graaf*); HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223 (*De Rooyse Wissel*); HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519 (*Pelowski/Vernooy Transport en BTS*).
- 126 Zie t.a.v. veiligheidsinstructies bijv. rb. Overijssel 26 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2924; rb. Midden-Nederland 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5708, t.a.v. de aard (gevaarlijkheid) van de werkzaamheden bijv. hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300; rb. Den Haag 1 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8149; rb. Overijssel 26 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2924; rb. Zeeland-West-Brabant 8 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:1574; rb. Amsterdam 25 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6804, t.a.v. de aard (eenvoud) van de maatregel bijv. rb. Den Haag 1 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8149; rb. Amsterdam 25 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6804.

(zorgvuldigheids- of veiligheids)normen.¹²⁷ Als uitgangspunt geldt dat de omvang en inhoud van deze zorgplicht allereerst en in elk geval worden bepaald door de regels op het gebied van de werkomstandigheden.¹²⁸ Een deel van de arboregels is ook van toepassing op de opdrachtnemer, zoals de bepalingen op het terrein van valgevaar, gehoorschade en het werken met gevaarlijke stoffen.¹²⁹ Deze set regels kan onder omstandigheden worden uitgebreid. De basisgedachte van de arboregelgeving luidt namelijk dat, als de opdrachtnemer en de werknemer op dezelfde arbeidsplaats werkzaamheden verrichten, op hen dezelfde arboregels van kracht zijn.¹³⁰ Interessant aan die gedachte is dat als de opdrachtgever geen eigen werknemers in dienst heeft, er minder geschreven normen op hem van toepassing zijn die invulling kunnen geven aan zijn zorgplicht.¹³¹ De opdrachtnemer komt in dat geval minder snel in aanmerking voor de vergoeding van zijn schade, aangezien een schending van een toepasselijke arbonorm eerder aansprakelijkheid oplevert.¹³² Anders gezegd: de inhoud en omvang van de zorgplicht van de opdrachtgever worden gedeeltelijk bepaald door het antwoord op de vraag of de opdrachtgever de werkzaamheden uitsluitend laat verrichten door opdrachtnemers of dat hij ook eigen werknemers in dienst heeft. Dit lijkt zich niet goed te verhouden tot de gedachte achter artikel 7:658 lid 4 BW, omdat de keuzevrijheid van de opdrachtgever om het werk te laten verrichten door (eigen) werknemers of door opdrachtnemers, niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt (zie paragraaf 3.3.1).¹³³ Om die reden zou niet alleen moeten worden bekeken of de opdrachtnemer feitelijk naast de werknemer zijn werkzaamheden verricht, maar ook naar een ruimere zij-aan-zij-situatie. Daarmee bedoel ik dat tevens sprake is van het zij-aan-zij-criterium indien de opdrachtnemer nagenoeg dezelfde werkzaamheden verricht als bijvoorbeeld een werknemer van een andere onderneming uit dezelfde branche.¹³⁴ Ook in dat geval zouden dan de arboregels van toepassing zijn die gelden ten aanzien van de werknemer. Een andere uitleg zou meebrengen dat de keuze om de werkzaamheden uitsluitend te laten verrichten door niet-werknemers, (indirect) gevolgen heeft voor (de

127 Bij de geschreven normen wordt m.n. gekeken naar de arboregels (HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7355 (*Van Veghel/Hendriks*)). Bij de ongeschreven normen gaat het in het bijzonder om (de weging van) de zogenoemde Kelderluik-factoren: de te verwachten oplettenheid en voorzichtigheid van de opdrachtnemer, de hoegrootheid kans dat daaruit ongevallen ontstaan, de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen (HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313 (*Bayar/Wijnen*)), waarin de HR aanknoopte bij HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 (*Kelderluik*)). De HR voegde aan deze factoren één gezichtspunt toe: in hoeverre lag het treffen van een veiligheidsmaatregel voordat het ongeval zich had voorgedaan, al voor de hand. Zie over deze factoren in relatie tot art. 7:658 BW uitgebreid Quist, *ArA* 2010/1.1; Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (Mon. Pr. nr. 13) 2021/2.26.

128 De wetgever heeft namelijk voor ogen gehad dat de norm van art. 7:658 BW in materieel opzicht niet verschilt van die van art. 3 lid 1 *Arbowet* (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 552, 3, p. 30).

129 *Stb.* 2012, 270, p. 13-14. Zie over de arboregelgeving die van toepassing is op de verhouding opdrachtgever-opdrachtnemer uitgebreider Bennaars & Popma 2018, p. 79 e.v.

130 *Stb.* 2012, 270, p. 14.

131 Van Drongelen, *ArbeidsRecht* 2016/45; Van Slooten 2018, p. 49.

132 HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7355 (*Van Veghel/Hendriks*).

133 Dat zou anders zijn indien deze gedachte uitsluitend ziet op het beschermingsbereik van art. 7:658 lid 4 BW en niet op de inhoud en omvang van de zorgplicht ex art. 7:658 lid 1 BW, maar zo'n beperkte lezing is naar mijn mening niet aan de orde.

134 Dit sluit aan bij de leidraad van de ACM (*ACM* 2023, p. 20 in het bijzonder voetnoot 33).

omvang van) de zorgplicht van de opdrachtgever en daarmee dus voor de materiële positie van de opdrachtnemer die schade oploopt.

Ten tweede is het denkbaar dat de vergaande zorgplicht van artikel 7:658 BW moet worden genuanceerd ten aanzien van de relatie tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer. Weliswaar kwamen rechters in de door mij geanalyseerde feitenuitspraken steeds tot de conclusie dat de opdrachtgever zijn zorgplicht ex artikel 7:658 BW had geschonden (zie bijlage 2 'Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658 lid 4 jo. lid 1 BW'), waarbij niet één keer expliciet is ingegaan op het zelfstandig ondernemerschap,¹³⁵ maar een dergelijke nuance lijkt wel degelijk tot de mogelijkheden te behoren, met name als de opdrachtnemer over specialistische kennis beschikt. De Hoge Raad overwoog in het *Dusarduyn/Du Puy*-arrest dat van een werkgever niet wordt verwacht dat hij zichzelf op de hoogte stelt van de mogelijke risico's als een ervaren werknemer een eenvoudige opdracht van beperkte omvang gaat uitvoeren, terwijl deze werknemer in het bezit is van een voor de opdracht relevant diploma en aan de opdracht naar redelijke verwachting slechts beperkte veiligheidsrisico's verbonden zijn.¹³⁶ Een dergelijke werknemer mag onder deze omstandigheden in staat worden geacht zelf de aan de opdracht verbonden risico's te beoordelen en daar ook naar te handelen.¹³⁷ Het voorgaande kan in mijn ogen *a fortiori* gelden voor de verhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer, aangezien deze factoren soms juist aan de opdrachtnemer worden toegedicht. Op die manier kan de opdrachtgever worden behoed voor een te vergaande zorgplicht.¹³⁸ Dit betekent niet dat de opdrachtgever per definitie geen zorgplicht heeft zodra de opdrachtnemer over specialistische kennis beschikt. Andere omstandigheden kunnen er namelijk toe leiden dat aan de deskundigheid van de opdrachtnemer minder gewicht wordt toegekend,¹³⁹ zoals het werk waarbij de kans op het ontstaan van ernstig letsel groot is,¹⁴⁰ zeker als de opdrachtgever zelf een deskundige partij is. Wel is het in algemene zin zo dat van de opdrachtgever redelijkerwijs minder mag

135 Let op: hieruit kunnen niet te gemakkelijk algemene conclusies worden getrokken. Dat het zelfstandig ondernemerschap bijv. niet expliciet is terug te vinden in de beoordelingen van de rechters, kan ook samenhangen met het feit dat de wijze waarop partijen een procedure voeren en wat zij daarin naar voren brengen, van invloed is op de uitkomst daarvan (art. 24 Rv). Bovendien lag het betrekken van het zelfstandig ondernemerschap ook niet altijd voor de hand, want als bijv. een vloer onveilig is of een doorvalbeveiliging niet goed is bevestigd, maakt het niet uit of de schadelijgende persoon een werknemer of een art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer is (zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8066; rb. Oost-Brabant 16 juni 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:3376). Ook kan worden gedacht aan het op geen enkele manier invulling geven van de zorgplicht (zie bijv. rb. Midden-Nederland 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5708), dan wel een te algemene invulling van die zorgplicht (zie bijv. rb. Overijssel 26 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2924).

136 HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7000 (*Dusarduyn/Du Puy*).

137 De eigen verantwoordelijkheid van de werknemer speelt in deze zaak een grotere rol dan in andere arresten (Klaassen, *AV&S* 2003/6). Toch levert dit arrest naar mijn mening geen daadwerkelijke breuk op met andere jurisprudentie (zie ook Houweling & Schneider, *AV&S* 2012/11; Houweling, *JIN* 2012/72; Houweling 2021, p. 822); ook in die zaken wordt immers gekeken naar de omstandigheden van het geval en wordt op basis daarvan bepaald of de werkgever tekort is geschoten in de op hem rustende zorgplicht.

138 Zie in vergelijkbare zin Houweling & Schneider, *AV&S* 2012/11; Houweling, *JIN* 2012/72; Houweling 2021, p. 822.

139 HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6526 (*Feenstra/Haije*).

140 Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11051.

worden verwacht indien de opdrachtnemer zijn expertise commercieel exploiteert,¹⁴¹ nu hij in dat geval in staat wordt geacht een autonome inschatting te maken van de risico's die aan de werkzaamheden zijn verbonden. Dat kan onder meer blijken uit het feit dat de opdrachtnemer een goede en voor de opdracht relevante opleiding met succes heeft afgerond, de ervaring van de opdrachtnemer,¹⁴² de hoogte van het tarief¹⁴³ of de eenvoud van de opdracht. Ook zal de zorgplicht van een niet-deskundige opdrachtgever doorgaans minder omvangrijk zijn dan die van een deskundige opdrachtgever.¹⁴⁴ Met andere woorden: de zorgplicht van de opdrachtgever is het meest verstrekkend als hij deskundig is en een niet-deskundige opdrachtnemer inschakelt en het minst verstrekkend indien hij niet-deskundig is en de ingeschakelde opdrachtnemer juist wel. Hieruit blijkt mede dat de hoedanigheid van beide partijen kan doorklinken in (de omvang van) de zorgplicht van de opdrachtgever. Daarbij is telkens wel van belang dat de opdrachtnemer ook daadwerkelijk zelf verantwoordelijk is voor en invloed kan uitoefenen op zijn werkomstandigheden.

Al met al blijkt dat de zorgplicht van de opdrachtgever vergaand is. De gedachte dat de opdrachtnemer voor eigen rekening en risico de werkzaamheden verricht en de opdrachtgever daarom geen of slechts een beperkte zorgplicht voor de opdrachtnemer heeft, gaat in de regel niet op. Hoewel het uitgangspunt is dat de opdrachtnemer een lossere band met de opdrachtgever heeft dan de werknemer met de werkgever, kan lang niet altijd worden gezegd dat de opdrachtnemer zich als onafhankelijke entiteit in het maatschappelijk verkeer beweegt. Veel valt en staat in dit verband met de deskundigheid en eigen verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer over zijn werkomstandigheden,

141 Zie bijv. rb. Assen 10 september 2008, ECLI:NL:RBASS:2008:BG7281; rb. Middelburg 4 november 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK2881. Ook in de rechtsliteratuur is hierop gewezen (Quist, *ArA* 2010/1.1; Gouweloos, *JA* 2012/110; Kolder & Zwols, *MvV* 2012/6.2; Lindenberg, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten (Mon. Pr. nr. 13)* 2021/3.26.3).

142 Dit element toont een wisselend beeld. Zo dient de opdrachtgever rekening te houden met het feit dat ook ervaring – of misschien zelfs wel juist ervaring (Waterman 2009, p. 113) – mee kan brengen dat 'wel eens' wordt nagelaten voorzichtigheid in acht te nemen (HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7590 (*Giraldo/Antilles*); HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519 (*Pelowski/Vernooy Transport en BTS*)). In mijn rechtspraakonderzoek zijn kennis en ervaring drie keer betrokken in het inhoudelijke oordeel m.b.t. de eventuele zorgplichtschending, maar leidde dit telkens niet tot een ander oordeel dan dat de opdrachtgever tekort was geschoten in zijn zorgplicht (zie hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300; rb. Zeeland-West-Brabant 8 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:1574; rb. Amsterdam 25 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6804).

143 Een hoog tarief kan een indicatie geven dat de opdrachtnemer deskundig is. Bij een laag tarief zal de opdrachtnemer doorgaans minder snel worden aangemerkt als deskundig, omdat de werkzaamheden die deze opdrachtnemer verricht, zich meestal zullen karakteriseren door een bepaalde laagdrempeligheid (zie par. 1.1 en 2.1). In de door mij bestudeerde uitspraken is deze omstandigheid niet terug te vinden. Daaruit kan echter niet worden geconcludeerd dat rechters deze omstandigheid in dit kader irrelevant vinden. De reden hiervan kan bijv. ook liggen in het feit dat de wijze waarop partijen een procedure voeren en wat zij daarin naar voren brengen, van invloed is op de uitkomst daarvan (art. 24 Rv).

144 Vgl. Loos, *NTBR* 1999/8.

waaronder over de werkplek, de werktuigen en de uitvoering van de werkzaamheden.¹⁴⁵ Het woord 'redelijkerwijs' uit artikel 7:658 lid 1 BW toont immers dat de zorgplicht van de opdrachtgever niet verder kan gaan dan de invloed die hij daadwerkelijk heeft op de preventie van de schade. De zorgplicht van de opdrachtgever is zodoende een glijdende schaal, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁴⁶

3.3.2.2 Opzet of bewuste roekeloosheid opdrachtnemer

De tweede uitzondering op het uitgangspunt dat de opdrachtgever aansprakelijk is voor de schade die de 'artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, is als die schade is ontstaan door opzettelijk of bewust roekeloos handelen van de opdrachtnemer. In afwijking van het algemeen verbintenisrechtelijke eigenschuld criterium (artikel 6:101 lid 1 BW) wordt de aansprakelijkheid van de opdrachtgever niet naar rato verminderd met de mate waarin de aan de opdrachtnemer toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Ook als de schade (gedeeltelijk) is ontstaan door de eigen schuld van de opdrachtnemer, blijft de opdrachtgever volledig aansprakelijk.¹⁴⁷ Dat is slechts anders indien de opdrachtgever aantoont dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzettelijk of bewust roekeloos handelen van de opdrachtnemer (artikel 7:658 lid 2 BW). Slaagt hij daarin, dan vervalt de gehele schadevergoedingsaanspraak van de opdrachtnemer. Met andere woorden: er is sprake van een alles-of-niets-karakter ten voordele van de opdrachtnemer.¹⁴⁸

Opzettelijk handelen is aan de orde als de opdrachtnemer willens en wetens de schade heeft veroorzaakt.¹⁴⁹ Bij mijn weten is dit in de rechtspraak nog nooit aangenomen. Van bewust roekeloos handelen is sprake indien de opdrachtnemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging, daadwerkelijk bewust

145 Een lokaal of materiaal zal moeten voldoen aan bepaalde veiligheidseisen (HR 5 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1463 (*De Lozerhof/Van Duyvenbode*); HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313 (*Bayar/Wijnen*)), ongeacht wie het lokaal betreedt of het materiaal gebruikt bij de uitvoering van de werkzaamheden (Kolder & Zwols, *MvV* 2012/6.2; Zwols, *JA* 2013/88).

146 Zie in vergelijkbare zin Hartlief, *NJ* 2015/182.

147 De (vergaande) zorgplicht van art. 7:658 BW is immers gebaseerd op de gedachte dat de opdrachtnemer zelf veiligheidsmaatregelen zou treffen indien hij hiertoe bij machte zou zijn. Wanneer de opdrachtnemer vervolgens onzorgvuldig handelt en hierdoor schade lijdt, heeft dit in beginsel geen invloed op de aansprakelijkheid van de opdrachtgever, omdat de zorgplicht van art. 7:658 BW geobjectiveerd is. Dat geldt m.i. eveneens als de opdrachtnemer zelf een arboverplichting heeft geschonden. Een andere opvatting zou namelijk betekenen dat de opdrachtgever die in feite tekortschiet in zijn zorgplicht, wordt bevrijd van zijn aansprakelijkheid, alleen omdat hij het 'geluk' heeft dat ook de opdrachtnemer tekort is geschoten.

148 Art. 7:406 lid 2 BW kent ook een alles-of-niets-karakter, maar dan ten nadele van de opdrachtnemer (zie par. 3.2.1).

149 De HR heeft zich tot op heden nog niet gebogen over een definitie van het begrip 'opzet'. Ik heb de door mij gegeven definitie ontleend aan Schouten 2020, p. 49; Lindenberg, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (*Mon. Pr. nr. 13*) 2021/3.31; concl. A-G Van Peurse, ECLI:NL:PHR:2020:844 voor HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:181 (*X/Wageningen Universiteit*); concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2021:1170 voor HR 25 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:448.

zou zijn geweest van het roekeloze karakter van die gedraging.¹⁵⁰ Deze toets bestaat uit drie componenten: (i) de gedraging van de opdrachtnemer brengt een aanmerkelijke kans op schade mee, (ii) de opdrachtnemer is zich direct voorafgaand aan zijn gedraging daadwerkelijk bewust van deze aanmerkelijke kans en (iii) een en ander weerhoudt de opdrachtnemer niet de gedraging te verrichten.¹⁵¹ Daarvan is zelden sprake.¹⁵² Bovendien moet dit handelen in zodanige mate hebben bijgedragen aan het teweegbrengen van de schade dat het eventueel tekortschieten in de zorgplicht van de opdrachtgever daarbij als oorzaak in het niet valt.¹⁵³

Het bijzondere (alles-of-niets-)eigenschuld criterium van artikel 7:658 lid 2 BW zorgt ervoor dat onoplettendheid of onvoorzichtigheid de opdrachtnemer niet snel zal worden tegengeworpen.¹⁵⁴ Een te lichtvaardige toets op het gebied van eigen schuld zou de tekortkoming van de opdrachtgever in zijn zorgplicht mogelijk te snel opzijschuiven en daarmee ten koste kunnen gaan van de wijze waarop hij invulling geeft aan deze zorgplicht ter bescherming van de opdrachtnemer.¹⁵⁵ Met dit restrictieve criterium wordt volgens een deel van de rechtsliteratuur geen recht gedaan aan de eigen verantwoordelijkheid van de werkende.¹⁵⁶ Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten alle kritiek op dit criterium te behandelen, inclusief de verschillende wijzigingsvoorstellen. Ik laat dit punt daarom verder rusten en verwijs naar een deel van de rechtsliteratuur op dit terrein.¹⁵⁷ Wel wil ik in dit licht nog een nuance aanbrengen ten aanzien van de (kleine) specialistische opdrachtnemer; ook zonder dat aan het restrictieve criterium wordt getornd, kan naar mijn mening sneller sprake zijn van bewuste roekeloosheid als het gaat om een opdrachtnemer in plaats van een werknemer. De opdrachtnemer die over specialistische kennis beschikt,

150 HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142 (*Pollemans/Hoondert*); HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2702 (*Van der Wiel/Philips Lighting*).

151 Schouten, *TAP* 2014/205; Schouten 2020, p. 77 en 238; concl. A-G Van Peurse, ECLI:NL:PHR:2020:844 voor HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:181 (*X/Wageningen Universiteit*); Schouten, *AV&S* 2021/27, allen onder verwijzing naar HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175 (*Maasman/Akzo Nobel*).

152 Zie voor uitzonderingsgevallen waarin dit werd aangenomen bijv. Ktr. Harderwijk 11 november 1998, ECLI:NL:KTGHAR:1998:AI9831; rb. Middelburg 25 juli 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BW2173. Zie voor rechtspraak waaruit de terughoudende toetsing van het begrip 'bewuste roekeloosheid' blijkt bijv. rb. Gelderland 14 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1966; rb. Overijssel 26 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2924; rb. Amsterdam 25 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6804; hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:215; rb. Overijssel 25 januari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:286, en voor literatuur Hartlief 1997, p. 498-499; Klaassen 2000, p. 59 en 98; Quist, *ArA* 2010/1.1; Laagland, *NTBR* 2015/6; Houweling 2020, p. 702; Kolder, *AV&S* 2023/14.

153 HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142 (*Pollemans/Hoondert*).

154 HR 27 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5607 (*Heesters/Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*); HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5504 (*Sweegers/Van den Hout*); HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142 (*Pollemans/Hoondert*); HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2702 (*Van der Wiel/Philips Lighting*).

155 Zie min of meer ook Schouten 2020, p. 49, 50, 104 en 253; Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (*Mon. Pr. nr. 13*) 2021/3.31. Bovendien heeft opzet of bewuste roekeloosheid een algeheel verval van aansprakelijkheid als gevolg.

156 Stein, *NJ* 1997/198; Hartlief 1997, p. 497 e.v.; Klaassen 2000, p. 104; Klaassen 2003, p. 32 e.v.; Loonstra & Zondag, *ArA* 2003/3.3; Geers, *SMA* 2003/9; Jansen & Loonstra, *ArA* 2006/1.3; Waterman 2009, p. 149-154 en 164; Schouten, *TAP* 2014/205, en voor de wijzigingsvoorstellen in het bijzonder Schouten 2020, p. 285-304.

157 Zie vorige voetnoot.

is zich direct voorafgaand aan zijn gedraging immers eerder daadwerkelijk bewust van de aanmerkelijke kans op schade dan de werkende die niet over dergelijke kennis beschikt. Als de opdrachtnemer met specialistische kennis de schadeveroorzakende gedraging ook nog zelfstandig uitvoerde, zou de combinatie van deze factoren, die vaker spelen bij een opdrachtnemer dan bij een werknemer, ertoe kunnen leiden dat de handeling van de opdrachtnemer kwalificeert als bewuste roekeloosheid.¹⁵⁸ Daarvoor is wel vereist dat de opdrachtnemer in de mogelijkheid is geweest te onderzoeken welke veiligheidsmaatregelen nodig waren en deze vervolgens ook zou hebben kunnen treffen.

3.3.2.3 Geen causaal verband

De derde uitzondering op het uitgangspunt dat de opdrachtgever aansprakelijk is voor de schade die de 'artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, is als tussen de schade en de zorgplicht van de opdrachtgever causaal verband ontbreekt. De opdrachtnemer moet overeenkomstig artikel 150 Rv stellen, en bij betwisting bewijzen, dat hij de schade heeft geleden 'in'¹⁵⁹ de uitoefening van zijn werkzaamheden (artikel 7:658 lid 2 BW).¹⁶⁰ Als de opdrachtnemer in dit bewijs slaagt en de opdrachtgever niet kan aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan (zie paragraaf 3.3.2.1) of dat de schade is veroorzaakt door opzettelijk of bewust roekeloos handelen van de opdrachtnemer (zie paragraaf 3.3.2.2),¹⁶¹ dan is de opdrachtgever slechts niet aansprakelijk indien de schade ook zou zijn ingetreden als hij wel aan zijn zorgplicht zou hebben voldaan.¹⁶² Als de opdrachtgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht, moet dus nog altijd causaal verband bestaan tussen dit tekortschieten en de schade. Dit verband wordt in deze context doorgaans vermoed aanwezig te zijn; het is dan aan de opdrachtgever om het eventueel ontbreken daarvan te stellen en zo nodig te bewijzen.¹⁶³

158 Steun voor deze lezing is te vinden in hof's-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300, waarin het hof bewuste roekeloosheid van de art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer afwezig achtte, maar aan zijn overweging wel toevoegde dat die afweging mogelijk anders zou hebben uitgekapt indien de opdrachtnemer reparatiewerkzaamheden aan de machine was gaan verrichten terwijl deze nog draaide, omdat repareren zijn *core business* is (kennis) én de opdrachtnemer de machine aan en uit kon (laten) zetten wanneer hij dat wilde (zeggenschap). Die situatie doet zich hier echter niet voor.

159 Hiermee is tot uitdrukking gebracht dat het moet gaan om causaliteit in de zin van csqn-verband.

160 Onder omstandigheden kan dit uiterst complex zijn. In dit kader is in de jurisprudentie een arbeidsrechtelijke omkeringsregel ontwikkeld (voor het eerst in HR 17 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8369 (*Unilever/Dikmans*)). Deze regel brengt mee dat het causaal verband tussen de werkzaamheden en de schade in beginsel wordt aangenomen als de werkende de werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor zijn gezondheid én hij gezondheidsschade lijdt die daardoor kan zijn veroorzaakt (zie uitgebreider Kroon 2022, art. 7:658 BW, aant. 5).

161 Vgl. Franke 2022, p. 465.

162 HR 22 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0181 (*Roeffen/Thijssen*); HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142 (*Pollemans/Hoondert*); HR 10 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3837 (*Fransen/Pasteurziekenhuis*).

163 Zie daarover uitgebreider Vegter 2005, p. 105 e.v.; Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (*Mon. Pr. nr. 13*) 2021/3.16.

3.3.3 *Het karakter van artikel 7:658 BW*

Van lid 1 en 2 van artikel 7:658 BW kan niet ten nadele van de werknemer worden afge- weken (artikel 7:658 lid 3 BW). Met de schakelbepaling van artikel 7:658 lid 4 BW wordt artikel 7:658 lid 1-3 BW van toepassing verklaard op de relatie tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer, voor zover uiteraard aan de vereisten van deze schakelbepaling wordt voldaan (zie paragraaf 3.3.1). Doordat ook het derde lid van overeenkomstige toepassing is, kunnen partijen niet van de zorgplicht van artikel 7:658 BW afwijken als zij onder die reikwijdte vallen.¹⁶⁴ De vraag die resteert, is of ook de schakelbepaling van artikel 7:658 lid 4 BW van dwingend recht is. Mocht dat niet zo zijn, dan kunnen de opdrachtgever en opdrachtnemer deze schakelbepaling uitsluiten en vallen zij daardoor niet onder het bereik van artikel 7:658 BW. Hoewel een grammaticale uitleg twijfel laat bestaan over het dwingende karakter van die schakelbepaling, brengt een teleologische uitleg naar mijn mening mee dat partijen het bewuste artikellid niet kunnen beperken of uitsluiten.¹⁶⁵ Het vierde lid van artikel 7:658 BW is immers juist in het leven geroepen om bescherming te bieden aan personen die zich, wat de door de werkgever in acht te nemen zorgplicht betreft, in een met een werknemer vergelijkbare positie bevinden.¹⁶⁶ Een contractuele afwijking van de schakelbepaling ten nadele van de werkende verdraagt zich niet met de achterliggende beschermingsgedachte. Wat wel tot de mogelijkheid behoort, is dat de opdrachtgever en opdrachtnemer de verantwoordelijkheden (contractueel) zo verdelen dat – in ieder geval op papier – niet wordt voldaan aan de vereisten van artikel 7:658 lid 4 BW. Onder omstandigheden zie ik aanleiding dergelijke afspraken vergaand te relativeren (zie paragraaf 3.3.1.1).

3.3.4 *De overeenkomst van opdracht en artikel 7:658 BW: enkele bespiegelingen*

De twee vereisten van artikel 7:658 lid 4 BW, te weten: (i) de opdrachtnemer is voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk van de opdrachtgever en (ii) de opdrachtnemer verricht de werkzaamheden in het kader van het beroep of bedrijf van de opdrachtgever, moeten – overeenkomstig de achterliggende gedachte van dit artikel – ruim worden opgevat (zie paragraaf 3.3.1.1 en 3.3.1.2). Deze uitleg houdt niet zozeer verband met de vergelijkbaarheid tussen de opdrachtnemer en de eigen werknemers van de opdrachtgever als zodanig, maar veeleer met de vergelijkbaarheid van de afhankelijkheid waarin beide groepen kunnen verkeren ten aanzien van hun werkomstandigheden en de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's. Ondanks de ruime interpretatie van artikel 7:658 lid 4 BW meen ik dat de opdrachtnemer nog spoediger onder het beschermingsbereik van artikel 7:658 lid 4 BW moet vallen dan de huidige lijn die in de rechtspraak wordt gevolgd. De werknemer draagt voor het vestigen van aansprakelijkheid op zijn werkgever ex artikel 7:658 BW namelijk slechts de stelplicht en bewijslast van het feit dat hij (i) schade

¹⁶⁴ *Kamerstukken II 1997/98, 25 263, 14, p. 7.*

¹⁶⁵ Zie ook Lindenbergh & Schneider, *TAP 2009/3*; Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten (Mon. Pr. nr. 13) 2021/3.11*. Zie anders Bungener 2022/9.11, die lijkt te twijfelen of een grammaticale of een teleologische interpretatie moet worden gehanteerd.

¹⁶⁶ HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (*Davelaar/Allspan*), onder verwijzing naar *Kamerstukken II 1997/98, 25 263, 14, p. 6*; *Kamerstukken II 1998/99, 26 257, 7, p. 15*; *Kamerstukken I 1998/99, 26 257, 110b, p. 7.*

heeft opgelopen (ii) in de uitoefening van zijn werkzaamheden (zie paragraaf 3.3.2.3).¹⁶⁷ De opdrachtnemer heeft in dit kader een veel zwaardere opgave: naast het stellen en bewijzen van het feit dat hij (i) schade heeft opgelopen (ii) in de uitoefening van zijn werkzaamheden, moet de opdrachtnemer aantonen (iii) dat hij voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van de opdrachtgever (zie paragraaf 3.3.1.1) én (iv) dat zijn werkzaamheden behoren tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever (zie paragraaf 3.3.1.2). Hierdoor is de keuze van de werkverschaffer voor het laten verrichten van het werk door (eigen) werknemers of door anderen, van invloed op de rechtspositie van de werkende die betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt, terwijl dat (om goede redenen)¹⁶⁸ niet zo behoort te zijn (zie paragraaf 3.3.1).¹⁶⁹ Wie wat moet stellen en bewijzen, heeft immers rechtstreekse gevolgen voor zijn materiële rechtspositie.

In de rechtsliteratuur is wel betoogd dat het tot problemen kan leiden als een opdrachtnemer sneller onder het bereik van artikel 7:658 lid 4 BW zou vallen.¹⁷⁰ Als voorbeeld wordt vaak genoemd de schilder die in opdracht van een advocatenkantoor schilderwerkzaamheden verricht, daarbij schade oploopt en het advocatenkantoor aansprakelijk stelt.¹⁷¹ Een dergelijke uitleg is volgens enkele auteurs kwestieus, omdat het advocatenkantoor hoogstwaarschijnlijk niet deskundig is met betrekking tot de schilderwerkzaamheden en dus niet op de hoogte is van de eventueel te nemen veiligheidsmaatregelen. Bovendien is het advocatenkantoor misschien niet verzekerd tegen deze aansprakelijkheid.¹⁷² Hoe kloppend deze stellingen op zichzelf bezien ook zijn, dit resulteert naar mijn overtuiging niet in situaties waarin de opdrachtgever aansprakelijk is, terwijl hij niet op de hoogte is van de veiligheidsmaatregelen die genomen moeten worden en daar ook niet van op de hoogte behoort te zijn. Dat de opdrachtnemer onder het beschermingsbereik van artikel 7:658 lid 4 BW valt (de voorvraag), betekent namelijk nog niet dat de opdrachtgever aansprakelijk is voor de schade (de vervolgvraag). Hiervoor is ook vereist dat de opdrachtgever een zorgplicht heeft ten aanzien van dit specifieke geval én deze plicht heeft geschonden (zie paragraaf 3.3.2.1). De opdrachtgever die niet of nauwelijks kennis van zaken heeft omtrent de werkzaamheden waarin de schade is ontstaan of om een andere reden vrijwel geen invloed op de werkomstandigheden heeft, zal niet snel een (omvangrijke) zorgplicht hebben, zeker niet indien de opdrachtnemer (wel) over specialistische kennis beschikt (zie paragraaf 3.3.2.1). Kortom: de angst dat een ondeskundige opdrachtgever niet weet of, en zo ja, welke veiligheidsmaatregelen hij moet nemen en vervolgens aansprakelijk wordt gehouden voor de schade van een deskundige opdrachtnemer, is in mijn ogen niet

167 Strikt genomen kan het hebben van een arbeidsovereenkomst ook tot de stelplicht en bewijslast van de werkende worden gerekend, maar dit wordt doorgaans niet betwist zodra partijen bij het aangaan van de overeenkomst aan hun rechtsverhouding een arbeidsovereenkomst ten grondslag hebben gelegd.

168 Daarmee doel ik zowel op de individuele bescherming van de werkende die in een veiligheidsafhankelijke positie verkeert als op het creëren van een *level playing field* (zie par. 3.3.1).

169 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 263, 14, p. 6; *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, 7, p. 15; *Kamerstukken I 1998/99*, 26 257, 110b, p. 7.

170 Hartlief, *RMThemis* 2002/2; Lindenberg & Schneider, *TAP* 2009/3; Lindenberg, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten (Mon. Pr. nr. 13)* 2021/3.35.

171 In dit voorbeeld betreft het een aannemer, maar dit zou net zo goed een opdrachtnemer kunnen zijn. Het voorbeeld van de schilder is bij de parlementaire behandeling besproken en wordt daarom vaak gebruikt (*Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, 7, p. 15).

172 Lindenberg & Schneider, *TAP* 2009/3.

gerechtvaardigd. Mijn lezing zou meebrengen dat – om bij het voorbeeld van de schilder te blijven – het advocatenkantoor hoogstwaarschijnlijk niet aansprakelijk is als de schilder tijdens het schilderen van een door hem meegenomen ladder valt of schadelijke stoffen van de verf binnenkrijgt en daardoor schade oploopt, maar vermoedelijk wel als hij uitglijdt over een gladde vloer in het gebouw. Hiermee zou het tweede vereiste van artikel 7:658 lid 4 BW – de werkzaamheden zijn in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de opdrachtgever verricht (zie paragraaf 3.3.1.2) – alleen nog van belang zijn voor de vraag of de opdrachtgever een (omvangrijke) zorgplicht heeft als bedoeld in artikel 7:658 lid 1 BW (de vervolgvraag) en niet langer voor het beschermingsbereik van artikel 7:658 lid 4 BW (de voorvraag). Dat sluit naar mijn mening aan bij de gedachte van zowel de schakelbepaling van artikel 7:658 lid 4 BW als de zorgplicht ex artikel 7:658 zelf: wie is het beste in staat veiligheidsmaatregelen te treffen?

3.3.5 Afrondende bevindingen

De opdrachtnemer aan de onderkant die in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, kan (nagenoeg) dezelfde bescherming genieten als de werknemer (artikel 7:658 BW). De voorvraag is of de opdrachtnemer onder het bereik van artikel 7:658 lid 4 BW valt. Die vraag lijkt bevestigend te moeten worden beantwoord als de opdrachtgever van het verwezenlijkte risico op de hoogte was of behoorde te zijn én daarop enige invloed kon uitoefenen. De vervolgvraag is of de geleden schade ook daadwerkelijk moet worden vergoed. Het uitgangspunt daarbij is dat de opdrachtnemer voor deze vergoeding in aanmerking komt. Een uitzondering daarop is als de opdrachtgever in deze context geen zorgplicht heeft. Of de opdrachtgever al dan niet zo'n plicht heeft, lijkt neer te komen op de vraag wie het beste in staat is veiligheidsmaatregelen te treffen om de oorzaak die tot de schade heeft geleid, te voorkomen.

De opdrachtnemer aan de onderkant die zelf volledige zeggenschap heeft over of invloed kan uitoefenen op de werkomstandigheden, kwalificeert niet als werkende in de zin van artikel 7:658 lid 4 BW en kan geen beroep doen op het slachtoffervriendelijke regime van artikel 7:658 BW. Hij is dan namelijk niet voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk van de opdrachtgever. Deze opdrachtnemer moet voor de vergoeding van zijn schade bescherming zoeken in de algemeen verbintenisrechtelijke regels (Boek 6 BW). Die regels en de mogelijkheden die het algemene verbintennisrecht de opdrachtnemer in dit opzicht biedt, staan centraal in de volgende paragraaf.

3.4 De invloed van de algemeen verbintenisrechtelijke schade- en aansprakelijkheidsregels

Uit de vorige paragraaf blijkt dat de opdrachtnemer aan de onderkant niet altijd wordt beschermd door artikel 7:658 BW. Bovendien ziet deze bepaling alleen op de situatie waarin de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt doordat de opdrachtgever zijn zorgplicht heeft geschonden en niet op de gevallen waarin de schade bijvoorbeeld wordt veroorzaakt door een derde, die onder toezicht van de opdrachtgever valt. Ook heeft artikel 7:658 BW geen betrekking op de situatie waarin de opdrachtnemer de schadeveroorzakende partij is. Daarom analyseer ik in deze paragraaf of de algemeen

verbintenissenrechtelijke regels in dit kader de opdrachtnemer aan de onderkant bescherming kunnen bieden.

Het algemene verbintenissenrecht kent op het terrein van schade en aansprakelijkheid uitgebreide regelgeving. De in paragraaf 3.1 geschetste situaties komen in deze paragraaf alle drie aan bod: de opdrachtnemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade (paragraaf 3.4.1), de opdrachtnemer brengt in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade aan de opdrachtgever toe (paragraaf 3.4.2) en de opdrachtnemer brengt in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade aan een derde toe (paragraaf 3.4.3). Bij deze bespreking analyseer ik of, en zo ja, hoe het algemene verbintenissenrecht de opdrachtnemer kan beschermen. Ik beperk mij vooral tot de zorgplicht van de opdrachtgever (voortvloeiende uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 1 BW), de contractuele aansprakelijkheid voor een tekortkoming die is veroorzaakt door een hulppersoon (artikel 6:76 BW) en de kwalitatieve aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor de opdrachtnemer (artikel 6:170-171 BW).¹⁷³ Bij de behandeling van deze onderwerpen ga ik steeds ook in op de gevolgen van een eventueel exoneratiebeding, zowel als de opdrachtnemer dit tegenover de opdrachtgever heeft bedongen als in de situatie waarin de opdrachtgever dit heeft gedaan ten opzichte van de opdrachtnemer of een derde.

3.4.1 De opdrachtnemer lijdt schade

Het algemene verbintenissenrecht kan de opdrachtnemer aan de onderkant die schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, in dit verband handvaten bieden. De schadelijdende opdrachtnemer kan de opdrachtgever aanspreken op grond van een aansprakelijkheid uit titel 6.3 BW, ongeacht of hij een beroep kan doen op artikel 7:658 BW (zie paragraaf 3.3).¹⁷⁴ De mogelijkheden daartoe komen hieronder nader aan bod.

¹⁷³ Buiten het bestek van deze paragraaf valt o.m. de schade die is ontstaan door een ongeschikte hulpzaak. De opdrachtnemer kan hiervoor aansprakelijk zijn indien de schade aan hem kan worden toegerekend, tenzij dit onredelijk zou zijn (art. 6:77 BW). Uit deze tenzij-clausule blijkt overigens wel dat de opdrachtnemer met een laag tarief in de regel minder snel (volledig) aansprakelijk is dan de opdrachtnemer aan de bovenkant, nu o.a. rekening wordt gehouden met de verzekerbaarheid, de (mogelijkheden tot) exoneratie, het profijt, de deskundigheid, de draagkracht van de opdrachtnemer, de keuzevrijheid, de zeggenschap en de omvang van de schade in relatie tot de contraprestatie (HR 5 januari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6963 (*Fokker/Zentveld*); concl. A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2020:175 voor HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082 (*Katholieke Universiteit/Verweerder*); HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090 (*Verzoekster/Jeroen Bosch Ziekenhuis*)). Daarnaast laat ik een bespreking van een aantal risicoaansprakelijkheden achterwege, waaronder die van de opdrachtgever die als bezitter of bedrijfsmatig gebruiker (art. 6:181 BW) aansprakelijk kan zijn voor gebrekkige roerende zaken (art. 6:173 BW), gebrekkige opstallen (art. 6:174 BW), gevaarlijke stoffen (art. 6:175 BW), dieren (art. 6:179 BW) en gebrekkige producten (art. 6:185 BW).

¹⁷⁴ Deze ruimte (van samenloop) blijkt uit de formulering van art. 7:658 lid 3 BW. Zowel de opdrachtnemer die wel voldoet aan de vereisten van art. 7:658 lid 4 BW als de opdrachtnemer die daar niet aan voldoet, kan dus een beroep doen op de bepalingen uit titel 6.3 BW. Gezien het slachtoffervriendelijke regime van art. 7:658 BW ligt het voor de hand dat de opdrachtnemer daar primair een beroep op doet en pas subsidiair op de algemene regels uit titel 6.3 BW.

De zorgplicht van de opdrachtgever (artikel 6:248 lid 1 BW)

De regeling inzake de opdracht kent alleen het 'goed opdrachtnemerschap' (artikel 7:401 BW) (zie paragraaf 3.2.2). Een zodanige zorgplicht voor de opdrachtgever ontbreekt. Dit betekent (uiteeraard) niet dat een opdrachtgever zich in het algemeen niet dient te gedragen als een goed opdrachtgever. Deze zorgplicht kan ofwel uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW),¹⁷⁵ ofwel uit het contract zelf volgen. Een zorgplicht is dus niet exclusief voorbehouden aan artikel 7:658 BW (zie paragraaf 3.3).¹⁷⁶ De redelijkheid en billijkheid kan dus meebrengen dat de opdrachtgever maatregelen moet nemen ter bescherming van de opdrachtnemer, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁷⁷ Dat zal zich met name voordoen als de opdrachtgever het beste in staat is veiligheidsmaatregelen te treffen voor een bekend en aanzienlijk veiligheidsrisico.¹⁷⁸ Laat de opdrachtgever in zo'n situatie na dergelijke maatregelen te nemen en lijdt de opdrachtnemer daardoor schade, dan levert dat een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis op.¹⁷⁹ De opdrachtnemer kan de tekortschietende opdrachtgever dan aansprakelijk stellen, althans als het gaat om een toerekenbare tekortkoming (artikel 6:74 BW).¹⁸⁰ Een belangrijk verschil met de zorgplicht van artikel 7:658 BW is dat de schadelijdende opdrachtnemer in dit geval niet alleen moet bewijzen dat hij de schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, maar ook dat de opdrachtgever een zorgplicht had en deze heeft geschonden. Dat is anders bij artikel 7:658 BW, waarin de bewijslast wordt omgedraaid zodra vaststaat dat de schade is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden, waardoor de opdrachtgever aansprakelijk is als hij niet kan bewijzen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) biedt de opdrachtnemer dus wel de mogelijkheid om voor de vergoeding van zijn schade in aanmerking te komen, maar zet de beschermingsdeur minder breed open dan artikel 7:658 BW dat doet.

175 Het ontbreken van een zorgplicht ligt m.i. niet besloten in art. 7:406 lid 2 BW (zie par. 3.2.1). Mocht dat wel zo zijn, dan bestaat nog steeds ruimte voor de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Afd. 7.7.1 BW kent immers een uitschakelbepaling (art. 7:400 lid 2 BW), die er in de kern op neerkomt dat de regels uit afd. 7.7.1 BW niet gelden als iets anders voortvloeit uit de wet, de inhoud of aard van de overeenkomst van opdracht, een andere rechtshandeling, of de gewoonte. Weliswaar wordt de redelijkheid en billijkheid niet expliciet genoemd in de uitschakelbepaling, maar uit de toelichting in de parlementaire geschiedenis blijkt dat ook de redelijkheid en billijkheid boven de aanvullende regels van afd. 7.7.1 BW wordt gesteld (*Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 336; Pitlo-Croes e.a. 1995, p. 225).

176 Deze bescherming gaat vanzelfsprekend doorgaans minder ver dan art. 7:658 BW. Van een slachtoffervriendelijk regime kan in deze zin dan ook niet worden gesproken.

177 Zie daarover uitgebreider Asser/Kortmann, *De Leede & Thunnissen 5-III* 1994/77; Loos, *NTBR* 1999/8; Haak & Zwitser 2003, p. 137; Lamers 2012, p. 94; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/125.

178 Voor de vraag of een zorgplicht bestaat en wat de omvang daarvan is, kan mogelijk wel inspiratie worden ontleend aan hoe aan die zorgplicht invulling wordt gegeven bij art. 7:658 BW. Ook bij art. 7:658 BW wordt immers rekening gehouden met o.a. de deskundigheid van partijen en met wie het beste in staat is veiligheidsmaatregelen te treffen (zie par. 3.3.2.1).

179 Deze zorgplicht kan ook bestaan uit bepaalde medewerkings- of informatieverplichtingen.

180 Overigens kan het handelen van de opdrachtgever ook een onrechtmatige daad opleveren (art. 6:162 BW), die eventueel naast de wanprestatie (art. 6:74 BW) kan bestaan.

De onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) en de kwalitatieve aansprakelijkheid van de opdrachtgever (artikel 6:170-171 BW)

Het is mogelijk dat de opdrachtnemer schade lijdt door een onrechtmatige handeling van de opdrachtgever. In die situatie kan hij de opdrachtgever niet alleen aansprakelijk stellen op grond van wanprestatie (artikel 6:74 BW), maar ook op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).¹⁸¹ Het is echter ook denkbaar dat de opdrachtnemer schade lijdt door een ondergeschikte of niet-ondergeschikte van de opdrachtgever. In dat geval kan de opdrachtnemer zowel de pleger (op grond van artikel 6:162 BW) als de opdrachtgever (krachtens artikel 6:170-171 BW) aanspreken voor de vergoeding van zijn schade.¹⁸² Deze (kwalitatieve) aansprakelijkheid van artikel 6:170-171 BW bespreek ik nader in paragraaf 3.4.3. Let op: in die paragraaf behandel ik de opdrachtnemer die schade aan een derde toebrengt en niet, zoals in deze paragraaf, de opdrachtnemer die schade lijdt. De derde is in paragraaf 3.4.3 dus de benadeelde partij. Mocht de opdrachtnemer de benadeelde partij zijn en de opdrachtgever aansprakelijk stellen op grond van artikel 6:170-171 BW, dan moet, waar ik in paragraaf 3.4.3 spreek over 'de derde', worden gelezen 'de opdrachtnemer'.

Exoneratiebedingen

Tot nu toe zijn verschillende grondslagen besproken op basis waarvan de opdrachtnemer de opdrachtgever kan aanspreken om de door hem geleden schade vergoed te krijgen. Deze mogelijke aanspraken van de opdrachtnemer kunnen contractueel worden uitgesloten of beperkt, een zogenoemd exoneratiebeding. Zo kan in de overeenkomst zijn opgenomen dat de opdrachtgever niet is verplicht de schade te vergoeden die het gevolg is van een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad. Zo'n afspraak is niet mogelijk ten aanzien van een artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer. Van zowel artikel 7:658 als titel 6.3 BW kan immers niet ten nadele van deze opdrachtnemer worden afgeweken (artikel 7:658 lid 4 jo. lid 3 BW) op straffe van vernietigbaarheid (artikel 3:40 lid 2 BW) (zie paragraaf 3.3.3).

Als de opdrachtnemer buiten het bereik van artikel 7:658 lid 4 BW valt, geldt dat exoneratiebedingen in de regel zijn toegestaan. Een inhoudelijke beoordeling aan de hand van de algemeen verbintenisrechtelijke regels kan echter meebrengen dat een exoneratiebeding

181 Deze samenloop doet zich voor als onafhankelijk van een toerekenbare tekortkoming, sprake is van een onrechtmatige daad, terwijl die onrechtmatige daad wel verband houdt met de contractuele verhouding (zie over deze samenloop uitgebreider Bakker, *ORP* 2021/2).

182 In dit kader geldt dat de opdrachtgever t.a.v. de art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer geen geslaagd beroep kan doen op de eventuele eigen schuld van die opdrachtnemer in de zin van art. 6:101 BW (HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3985 (*Van Doesburg/Tan*); HR 12 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9124 (*Heijboer/De Branding*); HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3412 (*El Hachioei/Hester*)). Dit betekent dat, als de schade mede het gevolg is van een omstandigheid die aan de art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer is toe te rekenen, de vergoedingsplicht van de opdrachtgever niet evenredig wordt verminderd met de mate waarin de aan de opdrachtnemer toe te rekenen omstandigheid tot de schade heeft bijgedragen. Ook in die situatie draagt de opdrachtgever slechts niet de schade indien deze in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de opdrachtnemer (zie par. 3.3.2.2) (zie t.a.v. art. 6:162 BW HR 12 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9124 (*Heijboer/De Branding*); HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3412 (*El Hachioei/Hester*), en t.a.v. art. 6:170 BW HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3985 (*Van Doesburg/Tan*)). Hoewel deze arresten betrekking hadden op de werknemer, zie ik geen reden waarom dit anders zou (moeten) zijn voor de art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer, aangezien de opdrachtgever in de art. 7:658 lid 4 BW-situatie – net als de werkgever – degene is die (in eerste instantie) de werkomstandigheden van deze opdrachtnemer bepaalt.

niet in stand blijft;¹⁸³ het beding kan worden vernietigd indien deze onredelijk bezwarend is (artikel 6:233 sub a BW),¹⁸⁴ voor zover sprake is van een algemene voorwaarde (artikel 6:231 sub a BW), dan wel terzijde worden geschoven als de toepassing daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:248 lid 2 BW).¹⁸⁵ Deze toetsingsmaatstaven zijn materieel dezelfde,¹⁸⁶ en bevatten beide een zeer strenge norm.¹⁸⁷ Wel bestaat een verschil in onder andere het toetsingsmoment. Bij de onredelijke bezwarendheid (artikel 6:233 sub a BW) mogen in principe alleen omstandigheden worden betrokken die zich hebben afgespeeld voor of bij het sluiten van de overeenkomst.¹⁸⁸ Bij de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) mag ook worden gelet op de omstandigheden die zich na het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan.¹⁸⁹ Hierdoor is de toets van artikel 6:248 lid 2 BW ruimer en omvat deze naar zijn aard ook de omstandigheden die voor de toets van artikel 6:233 sub a BW belangrijk zijn.¹⁹⁰ Dit, in combinatie met het feit dat er geen materieel verschil bestaat tussen de maatstaven 'onredelijk bezwarend' en

- 183 *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/211*. Naast deze redelijkheidstoetsing kunnen exoneratiebedingen worden getoetst aan de goede zeden, maar dat komt in de praktijk nog maar zelden voor en dat laat ik daarom onbesproken (Van den Brink 2002, p. 65; De Graaf, *Exoneraties in (ICT-) contracten tussen professionele partijen (RG&P nr. 141)* 2006, p. 5 e.v.; Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5)* 2017/5.35.2; *Asser/Sieburgh 6-I 2020/364* en 369). Bovendien kan het exoneratiebeding worden beperkt langs de weg van de ('corrigerende') uitleg (Hesselink 1999, p. 166 e.v.; Van Wechem 1994, p. 55; Van Wechem, *Contracteren 2019/3.2*; *Asser/Sieburgh 6-I 2020/364*).
- 184 Hierbij ga ik ervan uit dat de opdrachtnemer een 'kleine' wederpartij is en zelf geen vergelijkbare algemene voorwaarde hanteert (en dus niet onder art. 6:235 BW valt). Overigens is het denkbaar dat deze opdrachtnemer in zijn bewijspositie wordt versterkt door de reflexwerking van de 'grijze lijst' (zie uitgebreider Schelhaas 2018, p. 24 e.v.; Loos 2018, p. 222), waarmee het vermoeden zou worden gevestigd dat het exoneratiebeding onredelijk bezwarend is (art. 6:237 sub f BW).
- 185 Als een beroep op art. 6:233 sub a BW mogelijk is, sluit dat een beroep op art. 6:248 lid 2 BW niet uit (HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659 (*Bramer/Colpro*)). Weliswaar kunnen de rechtsgevolgen van beide bepalingen niet naast elkaar intreden (geen cumulatie), maar de opdrachtnemer mag dus wel kiezen op welke bepaling hij zich beroept (alternativiteit).
- 186 Zie ook Van Wechem 2007, p. 69 e.v.; Hijma, *Algemene voorwaarden (Mon. BW nr. B55)* 2016/25; Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5)* 2017/7.47.2; Schelhaas 2018, p. 27; Loos 2018, p. 104. Zie anders Tjittes 2022, p. 630-631. HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923 (*Spinnin Records/Martin Garrix*) brengt daar m.i. geen verandering in (zie anders Van Wechem & Rinkes, *NJB* 2022/948). De overweging van de HR dat art. 25f lid 2 Auteurswet, die qua tekst overeenkomt met art. 6:233 sub a BW, een 'lichtere' toets dan art. 6:248 lid 2 BW inhoudt, kan in mijn ogen namelijk niet worden doorgetrokken naar art. 6:233 sub a BW. De reden hiervan is dat de 'lichtere' toets van art. 25f lid 2 Auteurswet voortvloeit uit de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 308, 3, p. 21-22), terwijl t.a.v. art. 6:233 sub a BW juist is opgemerkt dat deze toetsingsmaatstaaf niet repressiever is dan wat uit art. 6:248 lid 2 BW kan worden afgeleid, maar uitsluitend een meer op de beoordeling van de algemene voorwaarden toegespitste toets (*Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1595-1596 en 1620-1621).
- 187 HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1210 (*Matatag/De Schelde*); HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664 (*GTI Zwolle/Zürich Versicherungsgesellschaft*).
- 188 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*ABN AMRO/SDB c.s.*). Toekomstige omstandigheden kunnen slechts in de inhoudstoetsing worden meegenomen als zij al voor of bij het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar waren (HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (*Andriciuc/Banca Românească*)).
- 189 HR 25 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9329 (*Van der Meer/Smilde*); HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923 (*Spinnin Records/Martin Garrix*).
- 190 Omgekeerd geldt niet exact hetzelfde, nu voor art. 6:248 lid 2 BW meer omstandigheden relevant zijn dan voor art. 6:233 sub a BW.

'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar',¹⁹¹ heeft tot gevolg dat ik hierna de bepalingen gezamenlijk bespreek en mij daarbij beperk tot het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW).¹⁹²

Of een exoneratiebeding de onaanvaardbaarheidstoets weet te doorstaan (artikel 6:248 lid 2 BW), is afhankelijk van de waardering van alle (relevante) omstandigheden van het geval. Concrete vuistregels zijn er op dit terrein haast niet.¹⁹³ Een schaars voorbeeld van een concrete vuistregel is dat een exoneratiebeding 'in het algemeen' buiten toepassing moet blijven als de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de opdrachtgever (schuldenaar) of een persoon waarvoor hij verantwoordelijk is.¹⁹⁴ Het komt dus doorgaans aan op de in de jurisprudentie ontwikkelde omstandighedencatalogus, die moet worden betrokken bij de vraag of de toepassing van een beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Meer specifiek gaat het onder andere om de aard en ernst van de voorzienbare schade, de mate van schuld, de strekking van het beding, de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest, de totstandkomingswijze van het beding, de wederzijdse kenbare partijbelangen, de maatschappelijke positie van partijen, de onderlinge verhouding, de aard van de overeenkomst, het gebruik in de branche, de afwijking van aanvullend recht, de mogelijkheden tot verzekeraarbaarheid en de dekking door de verzekering.¹⁹⁵ Het schiet het doel van deze studie voorbij deze factoren stuksgewijs langs te lopen. Het punt dat ik met deze opsomming namelijk wil maken, is dat de opdrachtnemer die niet voldoet aan de criteria van artikel 7:658 lid 4 BW (en dus doorgaans niet in een veiligheidsafhankelijke positie verkeert), zich wel in

191 Hiermee zeg ik overigens niet dat beide bepalingen verder identiek zijn (zo kennen zij verschillende sancties, moet op art. 6:233 sub a BW een beroep worden gedaan en verjaart de vordering tot vernietiging op grond van art. 6:233 sub a BW eerder (zie uitgebreider concl. A-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2002:AE0659 voor HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659 (*Bramer/Colpro*); Van Wechem 2007, p. 77 e.v.; Van Wechem, *Contracteren* 2019/3.2), maar de materiële verschillen zijn verwaarloosbaar en de overige verschillen zijn voor mijn onderzoeksvraag niet relevant; het gaat erom of de opdrachtnemer een exoneratiebeding tegen zich zou moeten laten gelden.

192 Daarmee behandel ik dus ook de omstandigheden die voor art. 6:233 sub a BW van belang (kunnen) zijn, aangezien deze bepalingen elkaar overlappen t.a.v. de omstandigheden die zich hebben afgespeeld voor of bij het sluiten van de overeenkomst.

193 Vaak moet in dit soort situaties worden teruggevallen op het algemeen geformuleerde art. 3:12 BW, waaruit volgt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eist, rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken.

194 HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524 (*Gemeente Stein/Driessen*); HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5663 (*Spector/Fotoshop*); HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2984 (*BT Nederland/Scaramea*); HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9994 (*Van den Hoek/Pots*). Overigens geldt omgekeerd niet dat bij afwezigheid van opzet of bewuste roekeloosheid het exoneratiebeding per definitie van toepassing blijft (HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6913 (*Kuunders/Swinkels*)). Zie over de inhoud van de term 'bewuste roekeloosheid' concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:253 voor HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:679 (*Westplant Limburg/Haspel*).

195 HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745 (*Saladin/HBU*); HR 20 februari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5695 (*Van der Laan/Top (Pseudo-vogelpest)*); HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1210 (*Matatag/De Schelde*); HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5783 (*Interpolis Schade/Peeten*); HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6913 (*Kuunders/Swinkels*). Zie ook Duyvensz 2003, p. 19 e.v.; De Graaf, *Exoneraties in (ICT-) contracten tussen professionele partijen (R&P nr. 141)* 2006, p. 70-71 en 129-137; Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5)* 2017/5.35.1; De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen (Mon. BW nr. B33)* 2017/17.3; Van Wechem, *Contracteren* 2019/3.2.

economisch zwakkere positie kan bevinden en dat met deze hoedanigheid rekening kan worden gehouden bij de toetsing van de houdbaarheid van een exoneratiebeding.¹⁹⁶ Daarmee bedoel ik niet dat de onaanvaardbaarheidsnorm minder streng is doordat de partij die hier een beroep op doet, zwak is,¹⁹⁷ maar wel dat eerder sprake zal zijn van een situatie waarin een ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:248 lid 2 BW).

3.4.2 De opdrachtnemer brengt schade aan de opdrachtgever toe

In de vorige paragraaf stond de schadelijgende opdrachtnemer in het middelpunt. In deze paragraaf bespreek ik de situatie waarin de opdrachtnemer schade aan de opdrachtgever berokkent. Daarbij ik heb vooral aandacht voor de verbintenissenrechtelijke bronnen die de opdrachtnemer kan inroepen om aansprakelijkheid van de door hem veroorzaakte schade af te weren of te beperken.

De opdrachtnemer die in de uitoefening van de werkzaamheden schade aan de opdrachtgever toebrengt, kan daarvoor aansprakelijk zijn. Deze aansprakelijkheid kan volgen uit wanprestatie (artikel 6:74 BW) of onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).¹⁹⁸ In dit verband maak ik geen onderscheid tussen de opdrachtnemer die onder het bereik van artikel 7:658 lid 4 BW valt (zie paragraaf 3.3.1) en de opdrachtnemer die daarbuiten valt. Hoewel ik van mening ben dat zo'n onderscheid gerechtvaardigd zou zijn en de artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer een (analoog) beroep zou moeten kunnen doen op artikel 7:661 BW, waardoor hij alleen aansprakelijk zou zijn als de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid, lijkt momenteel geen ruimte te bestaan voor een analoge toepassing van artikel 7:661 BW (zie paragraaf 3.5.2). Om die reden wordt de opdrachtnemer die wel en niet onder artikel 7:658 lid 4 BW valt, in deze paragraaf gezamenlijk behandeld.

In de situatie dat de opdrachtnemer schade aan de opdrachtgever toebrengt, is de opdrachtnemer vanuit beschermingsperspectief op het eerste gezicht aangewezen op een

¹⁹⁶ Zie in algemene zin Tjittes 1994, p. 203 e.v.; Schelhaas, *AA* 2018/681. Immers, het argument van de 'extra' terughoudende opstelling als het *B2B*-relaties betreft, zoals de HR een aantal maal heeft benadrukt (HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1210 (*Matatag/De Schelde*); HR 30 juni 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA6338 (*Ermer/ABN AMRO*); HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664 (*GTI Zwolle/Zürich Versicherungsgesellschaft*)), gaat in het geval van een duidelijk zwakkere partij minder snel op. Aan die opstelling ligt o.a. de gedachte ten grondslag dat partijen de risico's inschatten en contractueel verdelen en dat zij bij hun ondernemersactiviteiten daarop moeten kunnen vertrouwen, aangezien zij mede op basis daarvan beslissen of zij de opdracht aangaan en, zo ja, tegen welke voorwaarden (Tjittes 1994, p. 25-28 en 44; Tjittes 1997, p. 380; Tjittes, *Contracteren* 2001/2; Schelhaas 2016, p. 136-137; Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (Mon. Pr. nr. 20) 2022/3.3.2*; Tjittes 2022, p. 30). Hoe zwakker de ene partij t.o.v. de andere partij is, hoe groter echter de kans is dat de zwakkere partij veel risico's draagt, waardoor het argument van bouwen op de verdeelde risico's wegvalt (Schelhaas 2018, p. 24 e.v.).

¹⁹⁷ Het enkele feit dat partijen van meet af aan ongelijkwaardiger zijn en dat het beding voor de zwakkere partij bezwaarlijk is, geeft namelijk nog geen rechtvaardiging tot het terzijde stellen van dat beding op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) (Wiarda 1999, p. 48; *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/421).

¹⁹⁸ Zie over de samenloop tussen deze twee Bakker, *ORP* 2021/2.

verzekering en een exoneratiebeding.¹⁹⁹ Op basis daarvan lijkt de opdrachtnemer aan de onderkant in deze context weinig bescherming te genieten. De kans is namelijk aanwezig dat hij onvoldoende verdient om een verzekering te kunnen afsluiten (zie paragraaf 1.1 en 2.1). Ten aanzien van een exoneratiebeding lijkt deze opdrachtnemer niet te beschikken over de onderhandelingsmacht om zich contractueel (gedeeltelijk) vrij te kunnen vrijwaren van aansprakelijkheid.²⁰⁰ Voor zover de opdrachtnemer toch in de positie verkeert dat hij een exoneratie kan bedingen, is hij niet onbegrensd in zijn mogelijkheden. Zo kan hij zijn zorgplicht ex artikel 7:401 BW niet geheel wegcontracteren (zie paragraaf 3.2.2). Bovendien kan een exoneratiebeding inhoudelijk worden beoordeeld, wat er uiteindelijk toe kan leiden dat dit beding (geheel of gedeeltelijk) terzijde wordt geschoven (zie paragraaf 3.4.1). Toch kan de rechter met behulp van het algemene verbintenissenrecht de opdrachtnemer die schade aan de opdrachtgever toebrengt, te hulp schieten door de vastgestelde aansprakelijkheid te corrigeren. Waar het gaat om eigen schuld of de situatie waarin er meerdere aansprakelijke personen zijn, moet namelijk worden gekeken naar een tweefasentoets (artikel 6:101 lid 1 BW): eerst moet worden vastgesteld in welke mate de aan de opdrachtgever en opdrachtnemer toe te rekenen omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen (wederzijdse causaliteit), waarna een correctie van deze causaliteitsafweging kan plaatsvinden (billijkheidscorrectie). Door deze correctiemogelijkheid kan de opdrachtnemer die zich tegenover de opdrachtgever duidelijk in een economisch zwakke positie bevindt, tegemoet worden gekomen. In zo'n geval kan de aard van de verhouding de wederzijdse causaliteit corrigeren en meebrengen dat vanwege de onderlinge hoedanigheid van partijen een afwijkende benadering geldt, die ten voordele van de opdrachtnemer aan de onderkant kan uitvallen.²⁰¹

Naast de zojuist uitgewerkte billijkheidscorrectie kan de rechter de opdrachtnemer beschermen door de vastgestelde aansprakelijkheid te matigen (artikel 6:109 lid 1 BW). Het uitgangspunt is dat de opdrachtnemer van wie is vastgesteld dat hij voor (een deel van) de schade aansprakelijk is, dit integraal moet vergoeden. De rechter kan de vordering matigen (en daarmee een uitzondering maken op het zojuist geformuleerde uitgangspunt) indien de vastgestelde aansprakelijkheid zou leiden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen

199 Ik beoog geen volledigheid in de manieren waarop de opdrachtnemer zich aan zijn aansprakelijkheid kan onttrekken. Zo zal de opdrachtnemer ook niet aansprakelijk zijn indien de door hem veroorzaakte schade is ontstaan als gevolg van een mededeling van de opdrachtgever waarop de opdrachtnemer mocht vertrouwen (HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6693 (*Rabobank Schiedam-Vlaardingen/Erdem Beheer*)).

200 Uit onderzoek blijkt immers dat de opdrachtgever in belangrijke mate het tarief van deze opdrachtnemer bepaalt (Bouma & Frouws 2011, p. 48). Hoewel dit betrekking heeft op de hoogte van het loon en dit niet te gemakkelijk op één lijn moet worden gesteld met het thema aansprakelijkheid, zegt het wel degelijk iets over de onderhandelingspositie van deze opdrachtnemer tegenover de opdrachtgever. Hierdoor komt het naar mijn overtuiging onlogisch voor dat deze opdrachtnemer doorgaans wel in de positie zou verkeren te onderhandelen over een beperking van zijn aansprakelijkheid.

201 Zie in zoverre ook *Kamerstukken II 1987/88*, 17 896, 8, p. 27.

(artikel 6:109 lid 1 BW).²⁰² Deze rechterlijke bevoegdheid moet worden beschouwd als een bijzondere toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid,²⁰³ die de rechter tot terughoudendheid noopt.²⁰⁴ Of de rechter de vordering ten voordele van de opdrachtnemer matigt,²⁰⁵ is afhankelijk van de uitkomst die uit de afweging van de verschillende partijbelangen rolt.²⁰⁶ Zo kan rekening worden gehouden met de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun draagkracht²⁰⁷ (artikel 6:109 lid 1 BW).²⁰⁸ Met andere woorden: artikel 6:109 BW biedt de rechter de ruimte rekening te houden met de onderlinge hoedanigheid van partijen. Daardoor komt de opdrachtnemer aan de onderkant die werkzaamheden verricht voor een 'grote multinational'²⁰⁹ in de regel eerder voor deze bescherming in aanmerking dan de opdrachtnemer die een hoog tarief in rekening brengt en de opdracht uitvoert voor een 'micro-onderneming'.²¹⁰

Gezien het voorgaande kan de rechter via de open normen van de correctiemogelijkheid (artikel 6:101 lid 1 BW) en de rechterlijke matigingsbevoegdheid (artikel 6:109 lid 1 BW) de opdrachtnemer enige bescherming bieden. Wel is het zo dat deze bescherming is

202 De vergoedingsplicht die door toepassing van de billijkheidscorrectie is verminderd (art. 6:101 lid 1 BW) kan vervolgens ook nog worden gematigd (art. 6:109 lid 1 BW). Zie ook Van Wassenaer van Catwijck & Jongeneel 1995/6; Boonekamp 2022, aant. 3.1. Zie anders Keirse & Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid* (Mon. Pr. nr. 16) 2013/143. Zie over de verhouding tussen art. 6:101 en 6:109 BW Keirse 2003, p. 242-246.

203 HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR0220 (*Ahold/Staat*).

204 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 449.

205 Deze matiging mag overigens niet geschieden tot een lager bedrag dan waarvoor de opdrachtnemer zijn aansprakelijkheid door een verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken (art. 6:109 lid 2 BW). Dat een verzekering in een bepaalde situatie gebruikelijk is, valt hier niet onder, maar met deze omstandigheid kan de rechter wel rekening houden (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 440).

206 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 450.

207 Daarbij kan ook worden gedacht aan het feit of de opdrachtnemer door een verzekering is gedekt (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 450).

208 Ook andere omstandigheden kunnen uiteraard een rol spelen in de afweging die uiteindelijk wel of niet tot matiging leidt, waaronder of de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de opdrachtnemer of dat het slechts gaat om een kleine onachtzaamheid (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 450). Zie voor meer omstandigheden die in deze afweging kunnen worden betrokken *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/183-184. De omstandigheden die worden betrokken bij de vaststelling van de aansprakelijkheid (vestigingsfase), zoals onvoorzienbaarheid van de schade, kunnen geen rol spelen bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoedingsverplichting (omvangsfase) (*Asser/Sieburgh 6-III* 2022/184).

209 In par. 2.4.1.2 heb ik deze onderneming gedefinieerd als de onderneming die op twee opeenvolgende balansdata heeft voldaan aan minimaal twee van de volgende drie vereisten: (a) de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt meer dan € 20 miljoen, (b) de netto-omzet over het boekjaar bedraagt meer dan € 40 miljoen en (c) het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minimaal 250.

210 Aan deze onderneming heb ik in par. 2.4.1.2 de volgende definitie gehangen: van een micro-onderneming is sprake als aan minimaal twee van de volgende drie vereisten is voldaan: (a) de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt maximaal € 350.000, (b) de netto-omzet over het boekjaar bedraagt maximaal € 700.000 (micro) en (c) het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan tien.

overgelaten aan het oordeel van de rechter;²¹¹ op voorhand kan de opdrachtnemer daar dus geen bescherming aan ontlenu.

3.4.3 De opdrachtnemer brengt schade aan een derde toe

In de vorige paragraaf besprak ik de situatie waarin de opdrachtnemer schade aan de opdrachtgever toebrengt. De opdrachtnemer kan bij het verrichten van de werkzaamheden echter ook schade aan een derde berokkenen. De benadeelde derde kan een klant of toevallige passant zijn, maar bijvoorbeeld ook een andere opdrachtnemer. In deze paragraaf benader ik deze kwestie uitsluitend vanuit het perspectief van de opdrachtnemer als schadeveroorzakende partij, meer specifiek of hij zijn aansprakelijkheid geheel of gedeeltelijk kan ontlopen. In dat kader bespreek ik de contractuele (artikel 6:76 BW) en buitencontractuele aansprakelijkheid (artikel 6:170-171 BW) van de opdrachtgever voor de schade die is veroorzaakt door de opdrachtnemer aan de derde. Daarbij ga ik ook in op de bescherming die de opdrachtnemer kan genieten tegenover de derde indien hij een exoneratiebeding met zijn opdrachtgever heeft bedongen of als de opdrachtgever zo'n beding met de derde heeft afgesproken.

3.4.3.1 De 'ondergeschikte' opdrachtnemer brengt schade aan een derde toe (artikel 6:170 BW)

De opdrachtnemer die een fout maakt met schade bij een derde als gevolg, kan voor de eigen gedraging aansprakelijk zijn tegenover deze benadeelde niet-contractspartij op grond van de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Daarnaast kan de gedraging van de opdrachtnemer onder omstandigheden worden toegerekend aan de opdrachtgever, nu in afdeling 6.3.2 BW is aanvaard dat aansprakelijkheid geheel op een hoedanigheid of kwaliteit kan steunen en dus niet terug te voeren hoeft te zijn op (een vermoeden van) een eigen fout. De opdrachtgever kan dus aansprakelijk zijn voor de onrechtmatige daad van de opdrachtnemer. Deze buitencontractuele aansprakelijkheid wordt ook wel kwalitatieve aansprakelijkheid genoemd, omdat het gaat om aansprakelijkheid in de hoedanigheid van een bepaalde rol, en betreft een vorm van risicoaansprakelijkheid. De wet maakt in dit kader onderscheid tussen de ondergeschikte die een fout begaat (artikel 6:170 BW) (zie hierna) en de niet-ondergeschikte die een fout begaat (artikel 6:171 BW) (zie paragraaf 3.4.3.2).²¹² Vanuit het perspectief van de schadeveroorzakende opdrachtnemer is het meest in het oog springende verschil tussen deze twee dat de ondergeschikte opdrachtnemer weliswaar extern aansprakelijk is, maar intern wordt beschermd door een bijzondere draagplichtregeling: hij behoeft in de onderlinge verhouding met de opdrachtgever niet in de schadevergoeding bij te dragen, tenzij de schade is veroorzaakt door opzet of bewuste

²¹¹ Ik deel de mening van Hartkamp en Schelhaas dat de rechter in dit kader weliswaar in beginsel vrijheid toekomt, maar dat hij, als hij van oordeel is dat een volledige schadevergoeding tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, op grond van art. 6:109 lid 1 BW de schadevergoeding moet matigen (Hartkamp, *WPNR* 1981/5559; Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/7.50.1).

²¹² Om onduidelijkheden te voorkomen: mocht de opdrachtgever op een van deze gronden aansprakelijk zijn, dan geldt deze aansprakelijkheid naast die van de opdrachtnemer.

roekeloosheid aan de zijde van de opdrachtnemer (artikel 6:170 lid 3 BW). Een zodanige bescherming ontbreekt voor de niet-ondergeschikte opdrachtnemer (artikel 6:171 BW).²¹³

De opdrachtgever is aansprakelijk als (i) een ondergeschikte (ii) een fout heeft begaan en (iii) er sprake is van een functioneel verband tussen de fout en de opdracht (de opgedragen werkzaamheden) (artikel 6:170 lid 1 BW). Ten aanzien van de verhouding opdrachtgever-opdrachtnemer speelt met name de vraag of laatstgenoemde kan kwalificeren als ondergeschikte.²¹⁴ In mijn ogen kan de opdrachtnemer niet per definitie, maar wel onder omstandigheden worden aangemerkt als ondergeschikte als bedoeld in artikel 6:170 lid 1 BW (zie onder het kopje 'De externe aansprakelijkheid'). Als zowel de opdrachtnemer (op grond van artikel 6:162 BW) als de opdrachtgever (krachtens artikel 6:170 BW) aansprakelijk is, kan de derde beide partijen aanspreken voor het volledig vergoeden van de door hem geleden schade (artikel 6:102 lid 1 BW). Naast het feit dat de derde op deze manier een doorgaans kapitaalcrachtigere schuldenaar erbij krijgt, biedt artikel 6:170 BW de ondergeschikte opdrachtnemer bescherming via de zojuist al even genoemde bijzondere draagplichtregeling (artikel 6:170 lid 3 BW). De bescherming van de ondergeschikte opdrachtnemer dient dan ook vooral te worden gezocht in die regeling (zie onder het kopje 'De interne draagplicht').²¹⁵

De wetgever heeft niet geprobeerd één allesomvattende rechtsgrond te geven voor artikel 6:170 BW.²¹⁶ Het bevreemdt daarom niet dat over de ratio van deze kwalitatieve aansprakelijkheid in de rechtsliteratuur verscheidene opvattingen bestaan. Zo wordt wel gewezen op de profijtgedachte,²¹⁷ de mogelijkheid tot risicospreiding (*risk spreading*

213 Art. 6:170 en 6:171 BW kennen meer verschillen, ook vanuit het oogpunt van de derde (zie par. 3.4.3.2).

214 Het antwoord op deze vraag is ook van belang voor de zogenoemde blokkering van de paardensprong (art. 6:257 BW) (zie later in deze paragraaf).

215 Art. 6:170 lid 2 BW blijft onbesproken, nu dit lid ziet op de particuliere opdrachtgever, die buiten de scope van deze studie valt (zie par. 1.2).

216 Vgl. Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (Mon. BW nr. B46) 2021/37. Wel zijn in de parlementaire behandeling van art. 6:170 BW expliciet de profijtgedachte en risicospreiding als grondslagen genoemd (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 711, 712, 714, 715, 718, 726, en 728; *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, 3, p. 7). De gevaartheorie en slachtofferbescherming zijn 'slechts' impliciet genoemd; in de toelichtende stukken op art. 6:171 BW staat namelijk dat aan de aansprakelijkheid van art. 6:171 BW dezelfde gedachte ten grondslag ligt als aan art. 6:170 BW, in die zin dat het hier gaat om bronnen van verhoogd gevaar en dat, als dit gevaar zich verwezenlijkt, de slachtoffers hun bescherming dienen te vinden in een van de aansprakelijkheden van degene die voor het uit deze bron voortvloeiende gevaar verantwoordelijk moet worden geacht (*Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, 3, p. 6).

217 Degene die profijt trekt uit het inschakelen van anderen in zijn bedrijf, moet ook (eerder) het risico dragen dat daarbij schade kan ontstaan. Van Lennep 1895, p. 97 e.v.; Scholten 1899, p. 135 e.v.; Klaassen 1991, p. 46 en 49; Hoekzema 2000, p. 44; Van Dam 2003, p. 413; Boot 2005, p. 185 en 197; Lubach 2016, p. 91; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/192; Keirse 2021/87; Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (Mon. BW nr. B46) 2021/1.

capacity),²¹⁸ de gevaartheorie,²¹⁹ slachtofferbescherming²²⁰ en – in het verlengde daarvan – de eenheidsgedachte.²²¹ Toch klinkt doorgaans eensgezindheid over de conclusie, namelijk dat niet één opvatting ten grondslag ligt aan artikel 6:170 BW, maar dat sprake is van (een combinatie van) verschillende rationes.²²²

De externe aansprakelijkheid

De opdrachtnemer heeft er vanwege de interne draagplichtregeling van artikel 6:170 lid 3 BW baat bij dat de door hem gemaakte fout met schade bij een derde als gevolg, kwalificeert als kwalitatieve aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW. Allereerst is voor de toepasselijkheid daarvan vereist dat de opdrachtnemer zich in een ondergeschikte positie bevindt tegenover de opdrachtgever (artikel 6:170 lid 1 BW). Dit vereiste is ruimer dan de arbeidsrechtelijke ondergeschiktheid in de zin van artikel 7:610 BW.²²³ Het gaat er bij ondergeschiktheid als bedoeld in artikel 6:170 lid 1 BW in algemene zin om dat de ondergeschikte niet zelfstandig optreedt. Anders gezegd: er moet sprake zijn van een rechtsbetrekking op grond waarvan de aangesproken persoon zeggenschap heeft over de gedragingen van de ondergeschikte.²²⁴ Artikel 6:170 BW kan dus evengoed een ander rechtssubject dan de werknemer bestrijken, zoals de handelsagent die niet in vaste dienst is en de vrijwilliger.²²⁵ Ook de opdrachtnemer (zpp'er) wordt weleens als voorbeeld genoemd.²²⁶ Ter onderbouwing wordt dan vaak verwezen naar het vonnis waarin een loodgieter door het loodgietersbedrijf als opdrachtnemer (zpp'er) was ingehuurd en werd aangemerkt als ondergeschikte in de zin

218 Degene die 'superieur' is t.o.v. de ander, is doorgaans beter in staat zich te verzekeren tegen de risico's (en de kosten daarvan door te berekenen in de prijs). Klaassen 1991, p. 49; Hoekzema 2000, p. 45; Boot 2005, p. 185 en 197; Lubach 2016, p. 91; Schouten 2020, p. 62, 106, 254 en 311; Keirse 2021/87.

219 Door het verrichten van de werkzaamheden wordt de opdrachtnemer in een positie gedwongen waarbij de kans op het veroorzaken van schade, (mede) gelet op de ervaringsregel, groter is dan in normale gevallen. Bruins 1906, p. 176, 180 en 181; Klaassen 1991, p. 46; Schouten 2020, p. 62, 106, 254 en 311; Keirse 2021/87.

220 De derde krijgt met de opdrachtgever een andere, doorgaans kapitaalkrachtigere debiteur bij. Hoekzema 2000, p. 46; Boot 2005, p. 185 en 197; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/193; Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen (Mon. BW nr. B46)* 2021/1. Bovendien is de opdrachtgever voor de schadelijgende derde vaak eenvoudiger te traceren dan de opdrachtnemer (Sieburgh 2000, p. 179-180).

221 De derde moet de onderneming als eenheid kunnen beschouwen. Klaassen 1991, p. 45, 46 en 49; Lubach 2016, p. 91; Keirse 2021/87.

222 Klaassen 1991, p. 42 e.v.; Sieburgh 2000, p. 177 e.v.; Hoekzema 2000, p. 43 e.v.; concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2017:236 voor HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (*JMV/Zurich*); Asser/Sieburgh 6-IV 2019/191 e.v.; Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen (Mon. BW nr. B46)* 2021/37 en 48.2.

223 HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (*JMV/Zurich*).

224 Klaassen en Hartlief verklaren deze brede toepassing vanuit de rationes, in het bijzonder (de toegenomen aandacht voor) de bescherming van de schadelijgende derde (Klaassen 1991, p. 50; concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2017:236 voor HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (*JMV/Zurich*)).

225 HR 20 maart 1942, ECLI:NL:HR:1942:150 (*Automobiel Mij Brabant/Staat*); hof Arnhem 11 januari 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AS2588. Zie ook Schut 1963, p. 278; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/184; Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/272.

226 Kolder, *JA* 2013/123; concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2017:236 voor HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (*JMV/Zurich*); Kolder & Oldenhuis, *WPNR* 2017/7133.

van artikel 6:170 lid 1 BW.²²⁷ Of dit een goed voorbeeld is van een ('echte') opdrachtnemer die als zo'n ondergeschikte kwalificeert, vraag ik mij sterk af, nu de feiten in deze zaak wel erg veel de kant van schijnzelfstandigheid op wijzen (en het dus in wezen gaat om een ondergeschikte arbeidsrelatie als bedoeld in artikel 7:610 BW).²²⁸ Hoewel dit de enige uitspraak²²⁹ is die ik heb kunnen vinden waarin een 'opdrachtnemer' wordt beschouwd als ondergeschikte ex artikel 6:170 lid 1 BW en ik dus mijn twijfels heb of dit wel een ('echte') opdrachtnemer is,²³⁰ ben ik niettemin van mening dat de opdrachtnemer onder het bereik van artikel 6:170 lid 1 BW kan vallen.²³¹ Ik noem twee argumenten.

Ten eerste wijs ik op de (veronderstelde) rationes van artikel 6:170 en 7:658 BW (zie paragraaf 3.3): beide bepalingen worden mede gedragen door de profijtgedachte, risicospreiding en gevaartheorie. Hoezeer ook artikel 6:170 lid 1 BW een risicoaansprakelijkheid en artikel 7:658 BW een schuldaansprakelijkheid is, zij beide een eigen totstandkomingsgeschiedenis kennen én niet alle ratio's een-op-een overeenkomen,²³² liggen de verschillen in dit kader genuanceerder dan het op het eerste gezicht lijkt. Vanwege de strenge norm van artikel 7:658 BW²³³ wordt in dit verband namelijk wel gesproken van een schuldaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast die naar een risicoaansprakelijkheid neigt,²³⁴ dan wel van het feit dat de eisen van artikel 7:658 BW zover gaan dat een risicoaansprakelijkheid

227 Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3498. Overigens was in hoger beroep geen (onvoorwaardelijke) grief gericht tegen de toepasselijkheid van art. 6:170 BW, maar ging het om de uitleg van het exoneratiebeding (hof Amsterdam 24 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2580).

228 Zie voor de feiten waar ik op doel rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3498, r.o. 4.50-4.53. De kwalificatieproblematiek valt buiten het bestek van deze studie (zie par. 1.2.3 en 1.2.4), waardoor ik de eventuele schijnzelfstandigheid verder onbesproken laat.

229 Dat ik welgeteld één uitspraak heb gevonden waarin de opdrachtnemer wordt aangemerkt als ondergeschikte in de zin van art. 6:170 lid 1 BW, geeft mogelijk een vertekend beeld. Art. 6:170 BW wordt vaak subsidiair aangevoerd. In meerdere uitspraken werd de primaire vordering toegewezen, waardoor niet meer werd toegekomen aan de vordering op grond van art. 6:170 BW (zie bijv. rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1114).

230 Om onduidelijkheden te voorkomen: de conclusie dat de loodgieter als ondergeschikte als bedoeld in art. 6:170 lid 1 BW wordt beschouwd, kan ik wel goed volgen.

231 Hierin sta ik niet alleen, zij het dat de auteurs die deze mogelijkheid ook zien, doorgaans wel erg terughoudend zijn. Zie bijv. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Pr. nr. 4) 2023/33, die opmerkt dat bij de overeenkomst van opdracht slechts in uitzonderingsgevallen sprake zal zijn van ondergeschiktheid ex art. 6:170 lid 1 BW; Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (Mon. BW nr. B46) 2021/39.4, die schrijft dat de overeenkomst van opdracht in de regel geen rechtsverhouding doet ontstaan die binnen het toepassingsbereik van art. 6:170 BW valt. Minder terughoudend is Kolder, nu hij goede gronden ziet op basis waarvan opdrachtnemers (zzp'ers) onder het (beschermings)bereik van art. 6:170 BW kunnen vallen (Kolder, JA 2013/123). Meer algemeen zijn Tjong Tjin Tai en Van Slooten, die in dit kader opmerken dat het begrip 'ondergeschikt' ruim wordt uitgelegd (Tjong Tjin Tai & Van Slooten 2021/6.3.1).

232 Schouten, TAP 2014/205; Schouten, *ArA* 2014/3.2; Schouten 2020, p. 62, 103, 104, 253, 254 en 310.

233 Met strenge norm bedoel ik in deze zin zowel dat relatief snel wordt aangenomen dat de opdrachtgever in zijn zorgplicht is tekortgeschoten (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, 14, p. 6; Asser 2003, p. 67; Hartlief 2003, p. 151; Vegter, *Bb* 2003/24; Rauws 2003, p. 149 e.v.; Waterman 2009, p. 82 en 164; Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (Mon. Pr. nr. 13) 2021/2.23) als het feit dat de opdrachtgever aansprakelijk wordt geacht als hij er niet in slaagt een van de uitzonderingsituaties uit art. 7:658 BW te bewijzen, terwijl dus niet is komen vast te staan dat hij daadwerkelijk is tekortgeschoten in zijn zorgplicht.

234 Asser 2003, p. 67; Hartlief 2003, p. 151; Vegter, *Bb* 2003/24; Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (Mon. Pr. nr. 13) 2021/2.23.

in de praktijk toch in de buurt komt (zie paragraaf 3.3.2).²³⁵ Artikel 6:170 lid 3 BW biedt op zijn beurt een escape voor de gevallen waarin de toepassing daarvan onbillijk zou uitvallen, aangezien de omstandigheden van het geval kunnen leiden tot een andere draagplichtverdeling (zie onder het kopje 'Interne draagplicht'). Daarbij kan onder andere rekening worden gehouden met de mate van schuld aan beide zijden, waaronder het feit dat de opdrachtgever al dan niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Tegen deze achtergrond is het geen vreemde gedachte dat de reikwijdte van artikel 7:658 BW²³⁶ de reikwijdte van artikel 6:170 lid 1 BW kan beïnvloeden. Dat geldt des te meer nu ondergeschiktheid als bedoeld in artikel 6:170 lid 1 BW ruim wordt geïnterpreteerd.²³⁷ Deze ruime interpretatie brengt mee dat van ondergeschiktheid sprake is als de opdrachtgever feitelijk zeggenschap heeft over de gedragingen van de opdrachtnemer of de wijze waarop hij zijn werkzaamheden uitvoert.²³⁸ Daaronder lijkt de opdrachtnemer te kunnen worden geschaard die niet of nauwelijks zeggenschap heeft over of invloed heeft op zijn werkomstandigheden,²³⁹ welk criterium sterke gelijkenissen vertoont met het eerste vereiste van artikel 7:658 lid 4 BW (zie paragraaf 3.3.1.1).

Ten tweede lijkt de rode draad te zijn dat de relaties waarop artikel 6:170 BW ook van toepassing is, veel weg hebben van een arbeidsrelatie, zoals de handelsagent die niet in vaste dienst is en de vrijwilliger. Vooral voor een buitenstaander zijn deze relaties vaak (haast) niet te onderscheiden van 'gewone' werknemers.²⁴⁰ In mijn ogen kan hetzelfde worden gezegd over in ieder geval de zij-aan-zij-opdrachtnemer, zeker nu de opdrachtgever de bevoegdheid heeft tot het geven van inhoudelijke aanwijzingen aan de opdrachtnemer omtrent de uitvoering van de werkzaamheden (artikel 7:402 lid 1 BW). Hierdoor is het mogelijk dat de opdrachtgever (vrijwel) dezelfde aanwijzingen (op hetzelfde moment) aan de opdrachtnemer en de (eigen) werknemers geeft, aangezien deze werkzaamheden overlap kunnen vertonen.²⁴¹ Sterker nog, de opdrachtnemer aan de onderkant verricht steeds vaker werkzaamheden die vroeger (alleen) door werknemers werden verricht.²⁴² Met andere woorden: naar buiten toe kan de indruk worden gewekt dat de

²³⁵ Rauws 2003, p. 149 e.v.; Waterman 2009, p. 82 en 164.

²³⁶ De opdrachtnemer valt onder het beschermingsbereik van art. 7:658 BW indien hij – kort gezegd – voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van de opdrachtgever (zie par. 3.3.1 en 3.3.4).

²³⁷ HR 13 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC3070 (*Staat/A*); HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1484 (*Staat/Kurvers*); HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1591 (*Staat/J*); HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2718 (*Aquaphalt/Staat*); HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6020 (*Blomaard/Gemeente Utrecht*); HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (*JMV/Zurich*).

²³⁸ Hoekzema 2000, p. 50 e.v.; rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3498. Het kunnen geven van zodanige aanwijzingen is voldoende (Klaassen 1991, p. 54; Hoekzema 2000, p. 51 e.v.; Lubach 2005, p. 187 e.v.; Asser/*Sieburgh* 6-IV 2019/183; Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (Mon. BW nr. B46) 2021/39); niet is vereist dat de opdrachtgever in het specifieke geval gebruik heeft gemaakt van deze eventuele bevoegdheid.

²³⁹ Zie voor enkele voorbeelden van omstandigheden die daarbij van belang kunnen zijn Keirse 2021/87.

²⁴⁰ Tjong Tjin Tai, *Bb* 2010/14.

²⁴¹ Aerts 2007, p. 159. Overigens is de bevoegdheid van de opdrachtgever tot het geven van aanwijzingen (art. 7:402 lid 1 BW), anders dan die van de werkgever (art. 7:660 BW), wel beperkt.

²⁴² Frenken e.a. 2017, p. 106.

zij-aan-zij-opdrachtnemer deel uitmaakt van de organisatie van de opdrachtgever.²⁴³ Het zou onder (die) omstandigheden afbreuk kunnen doen aan de bescherming van de derde indien hij op de hoogte moet zijn van het feit dat deze opdrachtnemer niet werkzaam is als ondergeschikte ex artikel 6:170 lid 1 BW, maar op basis van een overeenkomst van opdracht, en daarom moet worden beschouwd als niet-ondergeschikte als bedoeld in artikel 6:171 BW. Daarbij moet niet worden vergeten dat de derde er belang bij heeft dat de fout is begaan door een ondergeschikte, omdat de opdrachtgever uit hoofde van artikel 6:170 BW (ondergeschikte) sneller aansprakelijk is dan op grond van artikel 6:171 BW (niet-ondergeschikte) (zie paragraaf 3.4.3.2).

Op basis van het voorgaande is in mijn ogen niet de vraag of (bepaalde) opdrachtnemers kunnen kwalificeren als ondergeschikte in de zin van artikel 6:170 lid 1 BW, want het antwoord daarop is bevestigend, maar wanneer de omstandigheden van het geval dit rechtvaardigen. Van zo'n rechtvaardiging is naar mijn mening sprake als de opdrachtgever degene is die het beste in staat is veiligheidsmaatregelen te treffen, omdat hij dan vermoedelijk de zeggenschap heeft over (de inrichting van) de werkomstandigheden en/of de wijze waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd. Daarmee sluit ik aan bij het criterium van artikel 7:658 lid 4 BW (zie paragraaf 3.3.1.1 en 3.3.4). Op die manier zou de bescherming tegen het oplopen van schade in de uitoefening van de werkzaamheden enerzijds en de bescherming tegen het veroorzaken van schade aan een derde in de uitoefening van de werkzaamheden anderzijds worden gekoppeld aan dezelfde norm. Dat dit niet expliciet uit de wet(sgeschiedenis) voortvloeit, is mogelijk te verklaren doordat tijdens de beraadslaging over en de totstandkoming van de geldende regelgeving omtrent de kwalitatieve aansprakelijkheden niet of nauwelijks rekening werd gehouden met het fenomeen van kleine opdrachtnemers (zzp'ers) (en de sterke opmars daarvan).²⁴⁴ Hierdoor loopt wat de wetgever ooit als uitgangspunt voor ogen had, (in zekere mate) uit de pas met de maatschappelijke ontwikkelingen op dit gebied. De ene keer resulteert dit in een wetswijziging, zoals bij artikel 7:658 lid 4 BW (zie paragraaf 3.3.1),²⁴⁵ de andere keer in een nieuwe of aanvullende interpretatie van bestaande wetgeving,²⁴⁶ zoals naar mijn mening het geval moet zijn ten aanzien van artikel 6:170 lid 1 BW.

Naast het ondergeschiktheidsvereiste kent artikel 6:170 lid 1 BW een tweede en een derde vereiste. Het tweede vereiste is dat de ondergeschikte opdrachtnemer een fout moet hebben begaan.²⁴⁷ Hiermee wordt toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten bedoeld (artikel 6:162 lid 3 BW).²⁴⁸ Dit betekent dat de opdrachtgever alleen aansprakelijk kan worden gesteld (uit hoofde van artikel 6:170 BW) indien de opdrachtnemer zelf ook

243 Dit argument hangt nauw samen met slachtofferbescherming en – in het verlengde daarvan – de eenheidsgedachte als rechtvaardigingen van art. 6:170 BW.

244 Vgl. Kolder, *AV&S* 2015/1; Kolder & Oldenhuis, *WPNR* 2017/7133.

245 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300. Het werd wenselijk geacht de rechtsregel uit het *Stormer/Vedox*-arrest (HR 15 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC4217) te codificeren (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, 14, p. 6). De toepasselijkheid van dit artikel op de relatie opdrachtgever-opdrachtnemer is weer een aanvullende interpretatie van bestaande wetgeving (HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (*Davelaar/Allspan*)).

246 Wiarda 1999, p. 23-24.

247 In tegenstelling tot de andere twee vereisten wordt het 'foutvereiste' strikt getoetst.

248 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 605.

aansprakelijk is tegenover de derde op grond van de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Kortom, het moet wel gaan om een toerekenbare onrechtmatige daad. Het derde vereiste is dat een functioneel verband moet bestaan tussen de fout van de ondergeschikte opdrachtnemer en de werkzaamheden. Dit vereiste valt uiteen in twee elementen: de kans op de gemaakte fout is door de werkzaamheden vergroot en de opdrachtgever had zeggenschap over de gedragingen waarin de fout van de opdrachtnemer was gelegen.²⁴⁹ Dit verband wordt tamelijk snel aangenomen.²⁵⁰ Zeggenschap wordt in dit kader dan ook ruim uitgelegd;²⁵¹ het gaat erom dat de opdrachtgever de opdrachtnemer aanwijzingen kan geven ten aanzien van de gedragingen, en niet of dit ook daadwerkelijk is gebeurd.²⁵² In het vervolg van deze paragraaf ga ik ervan uit dat aan de vereisten van artikel 6:170 lid 1 BW wordt voldaan.

De interne draagplicht

Zodra zowel de ondergeschikte opdrachtnemer (op grond van artikel 6:162 BW) als de opdrachtgever (uit hoofde van artikel 6:170 BW) aansprakelijk is en een van beide partijen wordt aangesproken, moet de onderlinge draagplicht van partijen worden bepaald. Waar dit normaal gesproken wordt beheerst door de evenredige verdelingssleutel (artikel 6:101 lid 1 BW), kent artikel 6:170 lid 3 BW een afwijkend regime ten voordele van de ondergeschikte opdrachtnemer.²⁵³ Deze bescherming impliceert dat die opdrachtnemer in de onderlinge verhouding met de opdrachtgever in principe niet in de schadevergoeding hoeft bij te dragen. Dit brengt mee dat als deze opdrachtnemer door de benadeelde derde wordt aangesproken en de schade vergoedt, hij volledig en voor het gehele schadebedrag regres kan uitoefenen op de opdrachtgever (artikel 6:10 BW) (zie uitgebreider onder het kopje 'De derde spreekt de ondergeschikte opdrachtnemer aan'). Andersom geldt dat wanneer de opdrachtgever direct wordt aangesproken door de derde, hij in de regel geen regresmogelijkheid op die opdrachtnemer heeft. Van deze draagplichtverdeling kan niet ten nadele van de ondergeschikte opdrachtnemer worden afgeweken (artikel 7:658 lid 4 jo. lid 3 jo. titel 6.3 BW) op straffe van vernietigbaarheid (artikel 3:40 lid 2 BW), waarbij ik

²⁴⁹ Het eerste en derde vereiste vallen hier samen. Boot en Verheij merken in dit verband dan ook op dat het vereiste 'ondergeschikte' (het eerste vereiste) en het vereiste 'zeggenschap' (onderdeel van het derde vereiste) als het ware twee kanten van dezelfde medaille zijn (Boot 2005, p. 187; Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Pr. nr. 4) 2023/33).

²⁵⁰ HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7557 (*Partycentrum Groot Kievietdal*); HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6020 (*Blomaard/Gemeente Utrecht*). Zie ook De Hoogh & Lindenbergh, AA 2012/0669; concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2017:236 voor HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (*JMV/Zurich*); Asser/Sieburgh 6-IV 2019/187; Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Pr. nr. 4) 2023/33; Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (Mon. BW nr. B46) 2021/39 en 48.

²⁵¹ Waar t.a.v. art. 7:610 BW de begrippen 'zeggenschap' en 'in dienst van' als synoniemen worden beschouwd, kent art. 6:170 BW een eigen betekenis toe aan de term 'zeggenschap'.

²⁵² Cruciaal is niet of de opdrachtgever de gedraging heeft verboden, maar of hij de bevoegdheid daartoe had (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 719, 724 en 727; HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:A07721 (*Groningen Oosterparkrellen*); HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (*JMV/Zurich*)).

²⁵³ In art. 6:170 lid 3 BW is gebruikgemaakt van de ruimte die door art. 6:102 lid 1 BW wordt geboden: tenzij uit wet of rechtshandeling een andere verdeling voortvloeit.

ervan uitga dat de artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer kwalificeert als 'ondergeschikte' in de zin van artikel 6:170 lid 1 BW.²⁵⁴

Op het voorgaande bestaan drie uitzonderingen.²⁵⁵ Ten eerste is de ondergeschikte opdrachtnemer toch draagplichtig indien de schade is veroorzaakt door eigen opzet of bewuste roekeloosheid (artikel 6:170 lid 3 BW). Dit begrip moet naar verwachting op dezelfde wijze worden uitgelegd als het begrip uit artikel 7:658 lid 2 BW, waarvan zelden sprake is (zie paragraaf 3.2.2.2).²⁵⁶ Het betreft in beginsel wederom een alles-of-niets-karakter: de ondergeschikte opdrachtnemer draagt bij opzet of bewuste roekeloosheid de gehele schade of – bij gebreke van opzettelijk of bewust roekeloos handelen – in het geheel niets. Ten tweede is een schriftelijke afwijking ten nadele van de opdrachtnemer toegestaan, mits de opdrachtnemer daarvoor is verzekerd (zie voor een uitgebreidere bespreking paragraaf 3.5.2).²⁵⁷ Ten derde kan uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van de verhouding, een andere verdeling voortvloeien (artikel 6:170 lid 3 BW). Voorbeelden van mogelijke relevante omstandigheden zijn de schuldgraad bij de dader, de aard van de opgedragen werkzaamheden, de eventuele dekking van de verzekering en de omvang van de beloning.²⁵⁸ Deze uitzondering kan meebrengen dat afstand wordt gedaan van de alles-of-niets-benadering. Daarnaast is het hierdoor mogelijk dat de opdrachtnemer die niet opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld, toch draagplichtig is.²⁵⁹ Het kan naar mijn opvatting ook de andere kant op werken: de opdrachtnemer is niet draagplichtig, ondanks het feit dat de schade door zijn opzet of bewuste roekeloosheid is ontstaan.²⁶⁰ Hierbij valt te denken aan de opdrachtnemer die in opdracht van de opdrachtgever zich

254 Ik ben het op dit punt oneens met Schouten, die stelt dat van de regel ex art. 6:170 lid 3 BW alleen niet kan worden afgeweken bij een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW (Schouten 2020, p. 52, in het bijzonder voetnoot 32).

255 Ik beoog geen volledigheid van alle mogelijkheden die de opdrachtgever in dit geval heeft. Zo kan matiging plaatsvinden indien het volledig vergoeden van de schade in de gegeven omstandigheden zou leiden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen (art. 6:109 lid 1 BW). Zie hierover uitgebreider Asser/Sieburgh 6-II 2021/179 en 183.

256 Doorgaans wordt aangenomen dat voor art. 6:170 lid 3 BW eenzelfde restrictieve uitleg van 'opzet of bewuste roekeloosheid' geldt als in art. 7:658 BW (zie par. 3.2.2.2) (concl. P-G Hartkamp, ECLI:NL:PHR:2005:AU2235 voor HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2235 (*City Tax/De Boer*); Asser/Sieburgh 6-IV 2019/195; Lindenberg, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (Mon. Pr. nr. 13) 2021/5.49; Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (Mon. BW nr. B46) 2021/55; Oldenhuis & Manders 2022, aant. 11.2.2 en 13.7), zeker nu art. 7:661 BW een specifieke uitwerking is van art. 6:170 lid 3 BW en zij dezelfde strekking hebben (*Kamerstukken II* 1987/88, 17 896, 8, p. 27), waarbij 'opzet of bewuste roekeloosheid' in art. 7:661 BW op gelijke wijze als in art. 7:658 lid 2 BW wordt uitgelegd (HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2235 (*City Tax/De Boer*)). Zie voor een uiteenzetting van de bijval en kritiek uit de rechtsliteratuur op zowel deze gelijkschakeling als het (restrictieve) eigenschuld criterium zelf concl. A-G Van Peursem, ECLI:NL:PHR:2020:844 voor HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:181 (*X/Wageningen Universiteit*).

257 Schouten 2020, p. 51-52.

258 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 717 en 728.

259 In de parlementaire geschiedenis wordt de directeur van de nv als voorbeeld genoemd (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 728).

260 Deze uitzonderingsmogelijkheid heeft namelijk zowel betrekking op de hoofdregel van art. 6:170 lid 3 BW als de tenzij-clausule daarvan.

foutief heeft gedragen.²⁶¹ In de rechtspraak speelt deze uitzonderingsmogelijkheid vooralsnog geen rol van betekenis. Dat zou misschien anders kunnen worden als mijn lezing van artikel 6:170 lid 1 BW wordt gevolgd en opdrachtnemers onder omstandigheden ook onder deze bepaling worden geschaard. Het artikel biedt in ieder geval zelf al een zekere flexibiliteit om recht te doen aan de bijzondere gevallen waarin de draagplichtverdeling van artikel 6:170 lid 3 BW niet passend wordt geacht. Ik denk dan aan een opdrachtnemer die weliswaar als ondergeschikte kwalificeert, maar verder in economisch opzicht veel sterker is dan de opdrachtgever, wat zich niet zal voordoen ten aanzien van de opdrachtnemer aan de onderkant. Verder kan een rol spelen of de opdrachtgever in zijn zorgplicht is tekortgeschoten en in welke mate de schade aan de opdrachtnemer is te wijten.²⁶² Al met al blijft de bescherming van de ondergeschikte opdrachtnemer het uitgangspunt, maar is een correctie via de omstandigheden van het geval mogelijk voor situaties waarin deze bescherming anders zou doorslaan.

De derde spreekt de ondergeschikte opdrachtnemer aan

In de meeste gevallen zal de derde die door een onrechtmatige daad van de opdrachtnemer schade heeft geleden, de doorgaans kapitaalkrachtigere opdrachtgever aanspreken voor het vergoeden van deze schade. Toch is het denkbaar dat de derde zich tot de opdrachtnemer richt. In die situatie kan de opdrachtnemer verschillende posities hebben.²⁶³

In de eerste plaats kunnen de opdrachtgever en opdrachtnemer hebben afgesproken dat de opdrachtnemer niet aansprakelijk is voor de schade uit onrechtmatige daad (zie paragraaf 3.2.2). Zo'n afspraak geldt in principe alleen tussen degenen die partij zijn bij de overeenkomst,²⁶⁴ oftewel: de opdrachtgever en opdrachtnemer. In sommige gevallen kan het exoneratiebeding echter ten gunste van de opdrachtnemer doorwerken tegen een derde, de niet-contractspartij.²⁶⁵ Dit leerstuk heeft zich in de jurisprudentie ontwikkeld,²⁶⁶

261 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1370-1371; Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Pr. nr. 4) 2023/33; Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (Mon. Pr. nr. 13) 2021/5.49; Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (Mon. BW nr. B46) 2021/52.1, 54 en 57.

262 In algemene zin zou bijv. kunnen gelden dat hoe meer een tekortkoming aan de kant van de opdrachtgever ontbreekt, hoe 'schuldiger' de opdrachtnemer is en hoe sterker de economische positie van de opdrachtnemer t.o.v. de opdrachtgever is, hoe eerder de beschermingsgedachte aan kracht inboet en hoe sneller daarmee de omstandigheden van het geval de opdrachtgever (gedeeltelijk) vrijwaren van aansprakelijkheid. Deze gedachte is ook terug te zien in een bijdrage van Laagland (Laagland, *NTBR* 2015/6), zij het in een andere context.

263 Bij de eerste twee posities moet niet worden vergeten dat, ook als de opdrachtnemer zich tegenover de derde op een exoneratiebeding kan beroepen, het nog altijd zo kan zijn dat een beroep op dit beding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn (art. 6:248 lid 2 BW) en zodoende terzijde kan worden geschoven (zie par. 3.4.1).

264 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 917.

265 Dit betreft een uitzondering op het relativiteitsbeginsel, dat ten grondslag ligt aan het verbintenisrecht (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 917; HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627 (*Eneco/Ronde van Nederland*)).

266 HR 7 maart 1969, ECLI:NL:HR:1969:AB7416 (*Gegasteuinen*); HR 12 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC2298 (*Securicor/Nationale Nederlanden*); HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD5694 (*Deka-Hanno/Citronas*); HR 9 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0927 (*Vojvodina/ECT*); HR 21 januari 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA4429 (*ODS/CPS*). Zie voor meer gezichtspunten die kunnen leiden tot derdenwerking van exoneratiebedingen Van Gulijk, *WPNR* 2015/7057.

waarbij de eventuele doorwerking steeds afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.²⁶⁷ Gezien de specifieke voorbeelden uit de jurisprudentie waarin de derde het exoneratiebeding ten nadele van hem moest laten gelden, zal de opdrachtnemer deze bescherming waarschijnlijk niet snel genieten. Dit onderwerp gaat de invalshoek van dit hoofdstuk ver te buiten en laat ik daarom verder onbesproken.²⁶⁸

In de tweede plaats – en in het verlengde van de draagplichtverdeling van artikel 6:170 lid 3 BW – kan de opdrachtnemer zich beroepen op de zogenoemde blokkering van de paardensprong (artikel 6:257 BW), die van dwingend recht is (artikel 6:250 BW). Deze blokkering beschermt de ondergeschikte opdrachtnemer als bedoeld in artikel 6:170 lid 1 BW en houdt in dat als de opdrachtgever zich tegenover de derde (zijn wederpartij) heeft geëxonereerd voor de fouten van zijn ‘ondergeschikten’, ook de ondergeschikte opdrachtnemer dit verweermiddel kan inroepen als ware hijzelf bij de overeenkomst partij is.²⁶⁹ Met de zinsnede ‘als ware hijzelf bij de overeenkomst partij is’ is uitgedrukt dat de opdrachtnemer aansprakelijk blijft als de schade is ontstaan als gevolg van eigen opzettelijk of bewust roekeloos handelen.²⁷⁰ De ratio van deze blokkering is tweeledig: het strekt ter bescherming van de ondergeschikte in verband met zijn sociaal zwakkere positie én het voorkomt een doorkruising van de contractuele afspraken tussen de opdrachtgever en zijn wederpartij.²⁷¹

In de derde plaats kan de situatie zich voordoen dat de opdrachtnemer zich niet op een verweermiddel kan beroepen. In dit geval dient hij de schade te vergoeden, waarna hij volledig regres kan uitoefenen op de opdrachtgever (artikel 6:170 lid 3 jo. 6:10 BW).²⁷² Het risico van insolventie van de opdrachtgever ligt daarmee bij de schadeveroorzakende opdrachtnemer en niet bij de benadeelde derde.²⁷³ Deze persoonlijke aansprakelijkheid

267 Van Gulijk, *WPNR* 2015/7057; *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/527. Wanneer welke omstandigheden tot doorwerking leiden, is niet duidelijk (Du Perron 1999, p. 367).

268 Ik volsta met een verwijzing naar *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/525 e.v.

269 Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat art. 6:257 BW zich niet tot contractuele verweermiddelen beperkt (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 963-964).

270 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 963. Om die reden is het dus mogelijk dat de opdrachtgever een contractueel verweermiddel kan inroepen en de ondergeschikte opdrachtnemer toch aansprakelijk is. Omgekeerd geldt overigens hetzelfde: dat het exoneratiebeding van de opdrachtgever in de gegeven omstandigheden terzijde wordt geschoven door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW), maakt nog niet dat de ondergeschikte opdrachtnemer daarmee ook geen beroep meer op dit beding toekomt.

271 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 964-965. Met de tweede ratio bedoel ik de situatie waarin de wederpartij de ondergeschikte opdrachtnemer aanspreekt voor een vergoeding van de schade, waarna deze opdrachtnemer langs de weg van art. 6:170 lid 3 BW een regresrecht heeft op de opdrachtgever. De afspraak tussen de opdrachtgever en zijn wederpartij dat de opdrachtgever niet aansprakelijk is voor de fouten van zijn ondergeschikten, zou op die manier – en dus zonder de regel uit art. 6:257 BW – een wassen neus zijn.

272 Andere wegen staan nog wel open, zoals matiging (art. 6:109 BW), alhoewel dit niet voor de hand ligt i.v.m. het verhaal dat de aangesproken opdrachtnemer op zijn opdrachtgever kan nemen.

273 Dit is ook door de HR expliciet erkend (HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (*JMV/Zurich*)). Een mogelijke verklaring hiervoor is dat het als billijker wordt gezien om de pleger van de onrechtmatige daad met dit risico te belasten dan dat de benadeelde dit nadeel voor eigen rekening moet nemen (*Asser/Sieburgh 6-II* 2021/134).

van de ondergeschikte is in de rechtsliteratuur veelvuldig bekritiseerd. Ik volsta met een verwijzing naar deze literatuur.²⁷⁴

3.4.3.2 De niet-ondergeschikte opdrachtnemer brengt schade aan een derde toe (artikel 6:171 BW)

Per 1 januari 1992 is het stelsel van risicoaansprakelijkheden in het huidige BW uitgebreid:²⁷⁵ naast de kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten (artikel 6:170 BW) werd de aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten (artikel 6:171 BW) geïntroduceerd.²⁷⁶ In het oude BW ontbrak een dergelijke regel. Deze uitbreiding vond plaats tegen de achtergrond van de profijtgedachte,²⁷⁷ de mogelijkheid tot risicospreiding (*risk spreading capacity*),²⁷⁸ slachtofferbescherming²⁷⁹ en – in het verlengde daarvan – de eenheidsgedachte.²⁸⁰ Gelet hierop en in samenhang met artikel 6:170 BW lijkt de rode draad te zijn dat de opdrachtgever extern gezien de risico's moet dragen voor het inschakelen van een ander. De rechtvaardiging daarvan is onder meer dat deze ander de productiedoelinden van de opdrachtgever doorgaans aan het uitbreiden is en hij daarvan profiteert.

In deze paragraaf behandel ik de kwalitatieve aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor de niet-ondergeschikte opdrachtnemer (artikel 6:171 BW). De nadruk ligt hierbij op de verschillen met de kwalitatieve aansprakelijkheid voor de ondergeschikte opdrachtnemer (artikel 6:170 BW). Op deze manier probeer ik het verschil in beschermingsniveau tussen de ondergeschikte en de niet-ondergeschikte opdrachtnemer inzichtelijk te maken. Het beeld dat daaruit volgt, is dat de ontstaansvoorwaarden voor de aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor de fouten van de ondergeschikte (artikel 6:170 BW) en de niet-ondergeschikte opdrachtnemer (artikel 6:171 BW), grotendeels met elkaar overeenstemmen, zij het dat aan artikel 6:170 lid 1 BW net wat eerder wordt voldaan (externe aansprakelijkheid). Wel bestaat een groot onderscheid tussen de twee kwalitatieve aansprakelijkheden wat de onderlinge draagplicht betreft (interne draagplicht): de ondergeschikte opdrachtnemer wordt als uitgangspunt beschermd op het gebied van de interne draagplichtverdeling (de opdrachtgever is volledig draagplichtig, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de opdrachtnemer (artikel 6:170 lid 3 BW)), terwijl ten aanzien van de niet-ondergeschikte opdrachtnemer zo'n beschermend uitgangspunt ontbreekt, wat niet wegneemt dat hij onder omstandigheden alsnog (enige vorm van) bescherming kan genieten (artikel 6:101 lid 1 en artikel 6:109 lid 1 BW).

274 Zie bijv. Wachter 1991, p. 309 e.v.; Bolt & Spier 1996, p. 332; Du Perron 1999, p. 344; Klaassen 2000, p. 17 e.v.; Hartlief, AA 2011/0053; Lindenbergh & Stam 2017, p. 242-243.

275 De regel die in art. 6:170 BW is vervat, bestond in zekere zin al in het BW van 1830 (Klaassen 1991, p. 42 e.v.).

276 *Stb.* 1991, 600.

277 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 712, 719 en 728 e.v.; Lubach 2016, p. 91; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/199.

278 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 719; Klaassen 1991, p. 66; Boot e.a., *De zzp'er (MSR nr. 64)* 2014/6.4.2.

279 Voor de benadeelde derde moet het niet uitmaken op welke basis een opdrachtgever iemand voor zich laat werken die schade aan hem toebrengt. *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, 3, p. 6; Klaassen 1991, p. 66; Boot 2005, p. 186; Boot e.a., *De zzp'er (MSR nr. 64)* 2014/6.3.

280 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 719, 720 en 728 e.v.; Klaassen 1991, p. 65; Van Wechem 1994, p. 44; Boot e.a., *De zzp'er (MSR nr. 64)* 2014/6.4.2; Lubach 2016, p. 91; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/199; Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen (Mon. BW nr. B46)* 2021/61.

De externe aansprakelijkheid

De niet-ondergeschikte opdrachtnemer kan een fout begaan met schade aan een derde als gevolg. De opdrachtgever kan onder omstandigheden naast de opdrachtnemer (artikel 6:162 BW) aansprakelijk zijn voor deze fout. Hiervoor is vereist dat (i) een niet-ondergeschikte opdrachtnemer (ii) een fout begaat (iii) terwijl hij ten behoeve van het bedrijf van de opdrachtgever (iv) een opgedragen werkzaamheid verrichtte (artikel 6:171 BW).

In de eerste plaats moet de opdrachtnemer kwalificeren als niet-ondergeschikte. Om onnodige doublures te voorkomen, definieer ik deze opdrachtnemer als degene die niet als ondergeschikte in de zin van artikel 6:170 lid 1 BW wordt aangemerkt (zie paragraaf 3.4.3.1). Kort gezegd komt dat neer op de zelfstandig opererende opdrachtnemer die meer zeggenschap heeft over en invloed heeft op zijn werkomstandigheden (en de daarmee verband houdende veiligheidsmaatregelen) dan de opdrachtgever.

In de tweede plaats moet de niet-ondergeschikte opdrachtnemer een fout hebben begaan (artikel 6:162 lid 3 BW).²⁸¹ Dit vereiste komt nagenoeg overeen met het tweede vereiste van artikel 6:170 BW (een toerekenbare onrechtmatige daad, zie paragraaf 3.4.3.1) en brengt mee dat de opdrachtgever alleen aansprakelijk kan zijn op deze grond als de opdrachtnemer zelf ook aansprakelijk is tegenover de derde.²⁸²

In de derde plaats heeft deze kwalitatieve aansprakelijkheid alleen betrekking op de werkzaamheden die worden verricht in de uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever, terwijl artikel 6:170 BW ziet op de werkzaamheden die behoren tot zowel de beroepsmatige als de bedrijfsmatige activiteiten. Het begrip 'bedrijf' dient wel ruim te worden uitgelegd, waarbij een winsttoegmerk niet cruciaal is.²⁸³ Vrije beroepen vallen hier niet onder, tenzij deze zijn ondergebracht in een rechtspersoon.²⁸⁴ Met de ruime uitleg van dit begrip zeg ik overigens niet dat de toepassing van artikel 6:171 BW ook ruim moet worden genomen; de Hoge Raad kwam onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis tot een restrictieve uitleg.²⁸⁵ Daarbij dient tussen de bedrijfsactiviteiten van de opdrachtgever en het handelen

281 Het enkele feit dat schade is veroorzaakt, is onvoldoende voor het aannemen van aansprakelijkheid op grond van art. 6:171 BW (HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1149 (*Enmia Caribe Schade c.s./Talesin Construction c.s.*)).

282 Een verschil met art. 6:170 lid 1 BW is dat de opdrachtgever ook aansprakelijk kan zijn voor de fouten van de ondergeschikten van de opdrachtnemer en de eventueel door hem ingeschakelde niet-ondergeschikten (*Asser/Sieburgh 6-IV 2019/200*).

283 *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 729-730; *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990*, p. 1002-1003.

284 *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 729-730; *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990*, p. 1003; *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/199*; Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (*Mon. BW nr. B46*) 2021/63.

285 HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD7395 (*Energie Delfland/Stoeterij*); HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9596 (*Koeman c.s./Sijm Agro*). Vgl. Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (*Mon. BW nr. B46*) 2021/64.

van de opdrachtnemer een zekere mate van verwevenheid te bestaan,²⁸⁶ waardoor zij voor de benadeelde derde objectief bezien²⁸⁷ als eenheid zijn te beschouwen.²⁸⁸

In de vierde plaats moet het gaan om een fout, dus een toerekenbare onrechtmatige daad, die is begaan bij een opgedragen werkzaamheid ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever. Daarvan is sprake als (a) er voldoende verband bestaat tussen de fout en de werkzaamheden en (b) de fout is begaan bij de werkzaamheden, (c) terwijl niet is uitgesloten dat de gedraging die tot de fout heeft geleid, strijdig is met de aan de opdrachtnemer opgedragen taak.²⁸⁹ Het eerste (onder a) en derde (onder c) gestelde komt overeen met artikel 6:170 lid 1 BW.²⁹⁰ Of dat ook geldt voor de fout die moet zijn begaan 'bij' de werkzaamheden (onder b),²⁹¹ is twijfelachtig, aangezien artikel 6:170 lid 1 BW ruimer is geformuleerd met het element 'kansvergroting', waaronder ook een fout kan vallen die buiten werktijd is begaan (artikel 6:170 lid 1 BW). Ik deel de heersende leer dat uit de ratio van artikel 6:171 BW volgt dat het niet zo kan zijn dat de benadeelde derde de opdrachtgever niet kan aanspreken, alleen omdat de fout is begaan door een niet-ondergeschikte opdrachtnemer.²⁹² Deze opdrachtnemer verricht de werkzaamheden ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever, waardoor het voor de benadeelde derde lang niet altijd duidelijk is wie voor wat verantwoordelijk is en tot wie hij zich in dit kader moet richten.²⁹³

In de toelichting op artikel 6:171 BW duidt de ratio op die eerder is besproken bij artikel 7:658 lid 4 BW (zie paragraaf 3.3.1): de vrijheid van de opdrachtgever om te kiezen voor al dan niet ondergeschikten, behoort niet van invloed te zijn op de rechtspositie van de benadeelde.²⁹⁴ In dit geval gaat het om de schadelijdende derde. Hieruit blijkt heel duidelijk de gedachte dat de opdrachtgever zijn aansprakelijkheid niet kan ontlopen door het inschakelen van (niet-ondergeschikte) opdrachtnemers. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren

286 Deze verwevenheid wordt niet alleen bepaald door de uiterlijke eenheid, maar ook door de wijze waarop de opdrachtgever zijn bedrijfsvoering heeft ingericht en de mate waarin hij zich betrokken toont bij de werkzaamheden van de opdrachtnemer (Lubach, *MvV* 2011/9.1, onder verwijzing naar HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9596 (*Koeman c.s./Sijm Agro*)). Van Doorn en Van Gulijk komen in dit kader tot zes gezichtspunten: (i) de hoedanigheid of deskundigheid van de opdrachtgever, (ii) de aard van de werkzaamheden, (iii) promotionele activiteiten, (iv) uiterlijke kenmerken/naamgeving, (v) de feitelijke plaats van de werkzaamheden en (vi) de frequentie van de werkzaamheden (Van Doorn & Van Gulijk, *WPNR* 2013/6975).

287 Art. 6:171 BW mist dus geen toepassing indien het voor de benadeelde derde van meet af aan (subjectief bezien) duidelijk was dat de opdrachtnemer een niet-ondergeschikte is. Dit toevallige feit mag volgens de HR geen afbreuk doen aan de aansprakelijkheid van de opdrachtgever.

288 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9596 (*Koeman c.s./Sijm Agro*).

289 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 729.

290 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/200.

291 In de wetsgeschiedenis wordt het woord 'bij' uitgelegd als 'tijdens' (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 729).

292 Bier 1988, p. 256; Klaassen 1991, p. 68; Lubach 2005, p. 318; Lamers 2012, p. 92; *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/200; Keirse 2021/93; Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen (Mon. BW nr. B46)* 2021/66. Zie anders Kolder, die stelt dat art. 6:171 BW juist een nauw toepassingsbereik kent t.a.v. het functionele verband ter afbakening van art. 6:170 lid 1 BW (Kolder, *NTBR* 2010/36).

293 Dit argument raakt zowel aan de profijtgedachte als slachtofferbescherming en – in het verlengde daarvan en ook in het bijzonder – de eenheidsgedachte.

294 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 719, 720 en 728 e.v.

dat de toepasselijkheid van artikel 6:171 BW niet alleen van belang is vanuit het oogpunt van de derde, maar ook vanuit die van de niet-ondergeschikte opdrachtnemer, aangezien deze bepaling hem enige bescherming kan bieden (zie hierna onder interne draagplicht).

De interne draagplicht

Als de derde zowel de niet-ondergeschikte opdrachtnemer (op grond van artikel 6:162 BW) als de opdrachtgever (krachtens artikel 6:171 BW) kan aanspreken voor de vergoeding van de door hem geleden schade, zegt dat nog niets over de onderlinge regresverhouding tussen de opdrachtgever en deze opdrachtnemer. Anders dan ten aanzien van de ondergeschikte opdrachtnemer (artikel 6:170 lid 3 BW) geldt hier geen bijzonder regime op het terrein van de draagplichtverdeling (artikel 6:171 BW). Deze regresverhouding hangt allereerst af van de afspraken die partijen daarover hebben gemaakt.²⁹⁵

Bij gebreke van contractuele afspraken zijn partijen hoofdelijk verbonden tegenover de derde (artikel 6:102 lid 1 BW) en wordt hun onderlinge draagplicht beheerst door de evenwichtige verdelingsleutel (artikel 6:101 lid 1 BW), die uit twee fasen bestaat (zie ook paragraaf 3.4.2). Eerst moet worden vastgesteld in welke mate de aan de opdrachtgever en opdrachtnemer toe te rekenen omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen (wederzijdse causaliteit). Daarna kan een correctie van deze causaliteitsafweging plaatsvinden (billijkheidscorrectie). Zo kunnen de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten en de mate van verwijtbaarheid of andere omstandigheden van het geval leiden tot een andere verdeling, variërend van helemaal niet tot volledig draagplichtig en alles daartussenin.²⁹⁶ Toepassing van deze regel zal er in dit kader veelal toe leiden dat de schade volledig moet worden gedragen door de niet-ondergeschikte opdrachtnemer;²⁹⁷ die heeft immers de schade veroorzaakt, terwijl hij zelfstandig opereerde (wederzijdse causaliteit).²⁹⁸ Het ligt echter voor de hand dat de volledige draagplicht van de niet-ondergeschikte opdrachtnemer aan de onderkant wordt gecorrigeerd indien hij ten opzichte van de opdrachtgever duidelijk de economisch zwakkere partij is (billijkheidscorrectie). Het komt dan immers niet billijk voor deze opdrachtnemer voor de volledige schade te laten opdraaien. En daar komt de bescherming van artikel 6:171 BW naar voren: zonder toepassing van deze bepaling zou namelijk geen acht kunnen worden geslagen op de verhouding tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer, aangezien dan alleen kan worden gekeken naar de omstandigheden die spelen in de relatie tussen de opdrachtnemer en de benadeelde derde. Het is denkbaar dat de opdrachtnemer en de benadeelde derde economisch gezien (nagenoeg) gelijken

²⁹⁵ Contactuele afwijkingen zouden slechts niet mogelijk zijn indien de art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer kwalificeert als 'niet-ondergeschikte' (art. 7:658 lid 3 jo. art. 6:171 BW), maar dat ligt m.i. niet voor de hand (zie par. 3.4.3.1).

²⁹⁶ Zie in algemene zin HR 5 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2522 (*Van K./Trias II*); *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/172*; *Asser/Sieburgh 6-II 2021/135*.

²⁹⁷ De grootste afwijking hiervan t.o.v. art. 6:170 lid 3 BW is dat de opdrachtnemer ook geheel of gedeeltelijk draagplichtig kan zijn zonder dat de schade is ontstaan door opzettelijk of bewust roekeloos handelen (hier is dus geen sprake van een alles-of-niets-karakter). Hierdoor kan de opdrachtgever die door de derde wordt aangesproken, veelal regres nemen op de opdrachtnemer (art. 6:10 BW) en ontbreekt doorgaans de mogelijkheid voor de opdrachtnemer om volledig regres uit te oefenen op de opdrachtgever indien hij door de derde wordt aangesproken.

²⁹⁸ Lubach 2005, p. 392 e.v.; Kolder & Oldenhuis, *WPNR 2017/7133*; *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/172* en 200; Keirse 2021/93.

zijn en de rechter daarom de causaliteit niet corrigeert, maar dit wel doet in de verhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer (interne draagplicht).²⁹⁹ De rechter zou tot dit oordeel kunnen komen, bijvoorbeeld omdat de opdrachtgever een economisch overwicht ten opzichte van de opdrachtnemer heeft of (als enige partij) door een verzekering is gedekt tegen de schade die door de opdrachtnemer is veroorzaakt.

Daarnaast kan de rechter de opdrachtnemer beschermen door de schadevergoedingsverplichting te matigen (artikel 6:109 lid 1 BW). Deze rechterlijke matigingsbevoegdheid is eerder aan bod gekomen in paragraaf 3.4.2, waarbij een belangrijk verschil is dat in deze situatie moet worden gekeken naar de partijbelangen van de opdrachtnemer en de benadeelde derde (en dus niet de opdrachtgever, nu hij in deze situatie niet de benadeelde partij is).

De derde spreekt de niet-ondergeschikte opdrachtnemer aan

Net als bij de ondergeschikte opdrachtnemer (zie paragraaf 3.4.3.1) bestaat de mogelijkheid dat de benadeelde derde de niet-ondergeschikte opdrachtnemer aanspreekt voor het vergoeden van de schade. Ook in dit geval kan de opdrachtnemer verschillende posities hebben. Wat ik ten aanzien van de ondergeschikte opdrachtnemer heb besproken onder 'in de eerste plaats' (de opdrachtnemer heeft zijn aansprakelijkheid geëxonererd tegenover de opdrachtgever), gaat *mutatis mutandis* op voor de niet-ondergeschikte opdrachtnemer. Dit geldt ook voor hetgeen ik heb behandeld onder 'in de derde plaats' (de opdrachtnemer kan zich niet op een verweermiddel beroepen), zij het dat de interne draagplicht van de niet-ondergeschikte opdrachtnemer wordt beheerst door artikel 6:171 BW met alle gevolgen van dien. Een groot verschil bestaat met de situatie waarin de opdrachtgever een exoneratiebeding met de derde (zijn wederpartij) is overeengekomen ('in de tweede plaats'), welk verschil ik hierna verder zal toelichten.

Anders dan de ondergeschikte opdrachtnemer kent de wet de niet-ondergeschikte opdrachtnemer geen bescherming toe ten aanzien van de zogenoemde paardensprong (artikel 6:257 BW). De niet-ondergeschikte opdrachtnemer kan deze bescherming onder omstandigheden genieten via een derdenbeding (artikel 6:253 BW).³⁰⁰ Dit houdt kort gezegd in dat in de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de derde is opgenomen dat ook een niet-ondergeschikte een beroep kan doen op de verweermiddelen van de opdrachtgever, mits hij dit recht aanvaardt.³⁰¹ Het is echter de vraag of zo'n derdenbeding in de praktijk vaak voorkomt, terwijl de blokkering van de paardensprong (artikel 6:257 BW) uitsluitend ziet op ondergeschikten (zie paragraaf 3.4.2.1). Tegen deze achtergrond is in de rechtsliteratuur volop verdedigd artikel 6:257 BW uit te breiden tot niet-ondergeschikten.³⁰²

299 Het gaat immers om de onderlinge hoedanigheid van partijen (Tjittes 1994, p. 239 e.v.).

300 Hierbij moet niet worden vergeten dat, ook als de opdrachtnemer zich tegenover de derde op een exoneratiebeding kan beroepen, het nog altijd zo kan zijn dat een beroep op dit beding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW) en zodoende terzijde wordt geschoven (zie par. 3.4.1).

301 Er ontstaat dan een meerpartijenovereenkomst, aangezien de opdrachtnemer zich als partij bij de overeenkomst voegt (art. 6:254 lid 1 BW).

302 Kortmann 1977, p. 163 e.v.; Brunner, *WPNR* 1985/5734; Klaassen 1991, p. 69 e.v.; Du Perron 1999, p. 347 e.v.; Asser/Kortmann 3-III 2017/124; Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen* (*Mon. BW nr. B46*) 2021/53 en 67. Zie anders Knape, *WPNR* 1986/5794; Lubach 2005, p. 377 e.v.

De wetgever heeft deze gedachte echter tot tweemaal toe uitdrukkelijk verworpen.³⁰³ In het kort komt deze verwerping voort uit de overtuiging dat in beginsel niet kan worden gezegd of de opdrachtgever of de opdrachtnemer de sterkste maatschappelijke positie heeft, dan wel of zij een gelijkwaardige positie tegenover elkaar innemen.³⁰⁴ Of artikel 6:257 BW zich voor een algemene uitbreiding leent, laat ik in het midden.³⁰⁵ Wel leid ik uit de uitdrukkelijke verwerping en de daarbij behorende motivering van de wetgever af dat het bestaansrecht van deze bepaling moet worden gevonden in de verhouding tussen contractspartijen, waarin sprake is van een sterkere en een zwakkere partij, en alleen de sterkere partij zich heeft gevrijwaard ten opzichte van de benadeelde derde. Ten aanzien van de niet-ondergeschikte opdrachtnemer aan de onderkant doet zo'n verhouding zich geregeld voor en zou mogelijk een analogie kunnen worden ontleend aan artikel 6:257 BW. Daarbij moet niet worden vergeten dat de derde doorgaans expliciet heeft toegestemd dat de opdrachtgever een ander³⁰⁶ inschakelt voor de uitvoering van de opdracht, dan wel hiervan op de hoogte was of behoorde te zijn. Of de ruimte voor een toepassing van artikel 6:257 BW naar analogie daadwerkelijk bestaat omtrent de niet-ondergeschikte opdrachtnemer aan de onderkant, is onzeker.³⁰⁷ Daardoor lijkt zich op dit gebied een knelpunt te openbaren ten aanzien van het beschermingsniveau van de niet-ondergeschikte opdrachtnemer aan de onderkant. In dit licht zou de rechter de niet-ondergeschikte opdrachtnemer mogelijk nog wel kunnen beschermen via de billijkheidscorrectie van artikel 6:101 lid 1 BW of door het schadevergoedingsrecht te matigen (artikel 6:109 lid 1 BW) (zie onder het kopje 'De interne draagplicht'), waarbij hij alle omstandigheden van het geval in zijn beoordeling mag betrekken, dus ook de omstandigheid dat de derde heeft ingestemd met het exoneratiebeding van de opdrachtgever (zijn wederpartij) en heeft toegestemd dat een ander dan de opdrachtgever (zijn wederpartij) de werkzaamheden komt uitvoeren. Mocht de rechter al overgaan tot zo'n correctie of matiging, dan wordt meestal alsnog niet dezelfde bescherming bereikt als met de blokkering van de paardensprong (artikel 6:257 BW). De niet-ondergeschikte opdrachtnemer is in zo'n geval doorgaans nog steeds gehouden een deel van de schadevergoeding te betalen,³⁰⁸ terwijl deze verplichting in zijn geheel niet bestaat indien hij een beroep kan doen op artikel 6:257 BW.

303 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 965; *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1824-1825.

304 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 964. Daardoor kan ook in algemene zin niet worden gezegd dat de niet-ondergeschikte opdrachtnemer de aansprakelijkheid minder goed kan dragen, evenals dat het niet per se minder voor de hand ligt dat hij zich laat verzekeren.

305 Om herhalingen van deze discussie te voorkomen, richt ik mij alleen op de analogische toepassing via de rechtspraak.

306 Daarmee bedoel ik in dit geval de opdrachtnemer aan de onderkant.

307 De rechtspraak vertoont m.b.t. de aannemingsovereenkomst een wisselend beeld t.a.v. een analogische toepassing van art. 6:257 BW op niet-ondergeschikten (zie voor verschillende voorbeelden *Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI* 2022/207).

308 Overigens is het in theorie wel mogelijk dat de opdrachtnemer op grond van art. 6:101 of 6:109 BW in zijn geheel niet meer is verplicht tot het vergoeden van de schade, maar zal de rechter in de praktijk slechts in uitzonderlijke gevallen hiertoe overgaan.

3.4.3.3 De opdrachtnemer brengt als hulppersoon een wanprestatie van de opdrachtgever tegenover een derde teweeg (artikel 6:76 BW)

In de vorige twee paragrafen stond de buitencontractuele aansprakelijkheid van de opdrachtgever centraal (artikel 6:170-171 BW). In deze paragraaf richt ik mij op de situatie waarin de opdrachtgever wanprestatie pleegt tegenover de derde (zijn wederpartij) door handelen of nalaten van de opdrachtnemer. De opdrachtgever die bij de uitvoering van de opdracht met de derde (zijn wederpartij) (gedeeltelijk) gebruikmaakt van de opdrachtnemer aan de onderkant (die dan als hulppersoon wordt gezien),³⁰⁹ is voor de gedragingen van deze opdrachtnemer op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk (artikel 6:76 BW), ongeacht of die opdrachtnemer de werkzaamheden al dan niet in ondergeschiktheid uitvoert.³¹⁰ De aansprakelijkheid voor hulppersonen (artikel 6:76 BW) is een toepassing van toerekenbaarheid krachtens de wet (artikel 6:75 BW) en ziet uitsluitend op een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting. Vereist is dat (i) de opdrachtgever (schuldenaar) geen schuld treft,³¹¹ (ii) de tekortkoming (in de zin van artikel 6:74 BW) is ontstaan door de gedraging van een (ondergeschikte of niet-ondergeschikte)³¹² opdrachtnemer (hulppersoon)³¹³ en (iii) deze opdrachtnemer (hulppersoon) werd gebruikt ter uitvoering van een verbintenis.³¹⁴ Dit heeft tot gevolg dat de

309 In deze studie ga ik ervan uit dat de opdrachtnemer de opdracht volledig zelf (in persoon) uitvoert en dus geen hulppersoon inschakelt (zie par. 1.2). Daarom behandel ik dit leerstuk uitsluitend vanuit het perspectief dat de opdrachtnemer de hulppersoon is (en dus niet dat hij een hulppersoon inschakelt). Om die reden ontbrak een bespreking van dit leerstuk in par. 3.4.2, die betrekking had op de situatie waarin de opdrachtnemer schade aan de opdrachtgever toebrengt.

310 Een voorbeeld waaraan kan worden gedacht, is als een bedrijf een overeenkomst met X sluit om zijn pand schoon te maken, waarna de opdrachtnemer aan de onderkant door X wordt gestuurd of meegenomen om de schoonmaakwerkzaamheden uit te voeren. Terminologisch gezien is in dit voorbeeld het bedrijf de opdrachtgever, X de opdrachtnemer en de opdrachtnemer aan de onderkant de hulppersoon. De opdracht behoort namelijk toe aan de opdrachtnemer, die voor de opdracht verantwoordelijk is en ook blijft als hij (bevoegdlijk) een ander inschakelt om de opdracht uit te voeren (art. 7:404 BW); in dit voorbeeld is dat X. In de praktijk kan X dus 'opdrachtgever' en 'opdrachtnemer' tegelijk zijn, namelijk opdrachtgever van de opdrachtnemer aan de onderkant en opdrachtnemer van het bedrijf. Vanuit de invalshoek van dit onderzoek bezien is het bedrijf de derde, nu de verhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer aan de onderkant in deze studie centraal staat. Om die reden noem ik het bedrijf de derde, X de opdrachtgever en is de opdrachtnemer aan de onderkant de hulppersoon, ondanks het feit dat dit terminologisch dus niet helemaal zuiver is.

311 Hierbij valt te denken aan het persoonlijk moeten verrichten van de prestatie ex art. 7:404 BW.

312 Art. 6:76 BW maakt geen onderscheid tussen deze twee opdrachtnemers. Wel kan dit verschil van belang zijn in het geval dat de derde zich tot de opdrachtnemer wendt.

313 De gedragingen van deze hulppersoon mogen niet kunnen worden vereenzelvigd met die van de schuldenaar zelf of op een andere manier als een gedraging van de schuldenaar zelf hebben te gelden, aangezien dan geen sprake is van een hulppersoon in de zin van art. 6:76 BW (dit vormt een analoge toepassing van HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595 (*Kleuterschool Babel*), welk arrest zag op een gepleegde onrechtmatige daad (*Asser/Sieburgh 6-I 2020/350*)).

314 De kring van personen die als hulppersoon kwalificeren, moet niet te ruim worden getrokken. Het gaat alleen om de personen van wie gebruik is gemaakt bij de uitvoering van de verbintenis ten aanzien waarvan de aansprakelijkheid in het geding is (HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0657 (*Geldnet/Kwantum*); HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0828 (*Nationale-Nederlanden/t Witte Paerdje c.s.*)). Of aan dit criterium is voldaan, zal afhangen van de inhoud van die verbintenis (*Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 271). Daarbij komt het aan op hetgeen partijen over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden hebben mogen afleiden (HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2245 (*S./Tandarts B.*)).

opdrachtgever, op wie een verplichting tot nakoming van een verbintenis tegenover de derde (zijn wederpartij) rust, zich in beginsel³¹⁵ niet kan verschuilen achter de tekortkomingen van de hulp die hij heeft ingeschakeld.³¹⁶ Naast de bescherming voor de derde wordt met artikel 6:76 BW expliciet ter uitdrukking gebracht dat de opdrachtnemer (hulppersoon) niet aansprakelijk kan zijn voor wanprestatie van de opdrachtgever tegenover de derde, ook niet als die wanprestatie is ontstaan door een gedraging van de opdrachtnemer, waar de profijt- en beïnvloedingsgedachte aan ten grondslag ligt.³¹⁷ Deze bescherming geldt voor alle opdrachtnemers. De opdrachtnemer is tegenover de derde pas aansprakelijk als zijn handeling leidt tot een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).³¹⁸

De schuldeiser spreekt de hulppersoon aan

De derde (schuldeiser) kan de opdrachtnemer (hulppersoon) in principe niet aanspreken op grond van wanprestatie (artikel 6:74 BW). Een contractuele band tussen deze twee zal immers meestal niet bestaan. Wel kan de opdrachtnemer (hulppersoon) door de derde (schuldeiser) worden aangesproken op grond van de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).³¹⁹ De derde (schuldeiser) zal zich doorgaans primair tot de opdrachtgever (schuldenaar) wenden, omdat aan de aansprakelijkheid van artikel 6:76 BW minder hoge eisen worden gesteld dan aan de onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW en de opdrachtgever (schuldenaar) meestal kapitaalkrachtiger is dan de opdrachtnemer aan de onderkant (hulppersoon). De derde (schuldeiser) zal daarom vaak pas de opdrachtnemer (hulppersoon) aanspreken als de opdrachtgever (schuldenaar) niet aansprakelijk is vanwege overmacht (artikel 6:75 BW),³²⁰ dan wel op grond van een rechtshandeling (zoals een exoneratiebeding) of de verkeersopvattingen.³²¹ Hoewel het begrip 'hulppersoon' geen verschil maakt tussen ondergeschikten en niet-ondergeschikten,³²² is dat onderscheid in dit kader wel relevant: naast de schuldenaar kan namelijk slechts de ondergeschikte hulppersoon zich op deze exoneratie beroepen als ware hijzelf partij bij de overeenkomst is (artikel 6:257 BW) (zie

315 Partijen kunnen hierover andere afspraken hebben gemaakt, aangezien art. 6:76 BW van regelend recht is. Zie voor de toelaatbaarheid van een dergelijke exoneratie par. 3.4.1 onder het kopje 'Exoneratiebedingen'.

316 Op basis van de parlementaire geschiedenis kwam de HR tot verschillende ratio's van art. 6:76 BW (HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2903 (*B/W.*)), onder verwijzing naar o.a. *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 269), waaronder in ieder geval de profijtgedachte en slachtofferbescherming.

317 Memelink 2009, p. 176 en 283 e.v.

318 Als die handeling van de opdrachtnemer ook resulteert in wanprestatie van de opdrachtgever (en dus los daarvan een onrechtmatige daad oplevert), kan de derde de opdrachtgever zowel contractueel (art. 6:76 BW) als buitencontractueel (art. 6:170-171 BW) aanspreken.

319 HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 (*Wierts/Dakdekkersbedrijf K. Visseren e.a.*).

320 Voor deze aansprakelijkheid moet worden gekeken naar de hypothetische situatie of de opdrachtgever (schuldenaar) aansprakelijk zou zijn geweest als hij zelf de gewraakte gedraging had verricht (art. 6:75 BW) (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 266). Dit betekent o.a. dat als hij zich in het hypothetische geval dat hij zelf de werkzaamheden had verricht, op overmacht zou kunnen beroepen, dit in principe nu ook kan. Dat is overigens niet in alle gevallen zo, bijv. als de opdrachtgever (schuldenaar) een verwijt valt te maken dat hij niet een andere opdrachtnemer (hulppersoon) heeft ingeschakeld.

321 Toepassing van de regel ex art. 6:76 BW kan ook stuiten op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 jo. art. 6:248 lid 2 BW) (HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2903 (*B/W.*)).

322 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 269; De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (*Mon. BW nr. B33*) 2017/15.3; Asser/Sieburgh 6-1 2020/349.

paragraaf 3.4.3.1).³²³ De niet-ondergeschikte hulppersoon is voor zijn bescherming in dit verband aangewezen op zijn contractuele afspraak met de opdrachtgever (schuldenaar), waarin hij zich van aansprakelijkheid heeft gevrijwaard. Zo'n exoneratiebeding kan hij onder omstandigheden ook inroepen ten nadele van de derde (schuldeiser) (zie paragraaf 3.4.3.1). Bij gebreke van zo'n exoneratiebeding is de opdrachtnemer voor bescherming afhankelijk van de rechterlijke billijkheidscorrectie (artikel 6:101 lid 1 BW) of matigingsbevoegdheid (artikel 6:109 lid 1 BW) (zie paragraaf 3.4.3.2).

3.4.4 Afrondende bevindingen

Voor de (algemeen) verbintenisrechtelijke bescherming op het thema aansprakelijkheid valt of staat veel met het criterium van artikel 7:658 lid 4 BW (zie paragraaf 3.3.1), dat – kort gezegd – neerkomt op de vraag of vooral de opdrachtgever of de opdrachtnemer zeggenschap heeft over of invloed heeft op de werkomstandigheden (zie paragraaf 3.3.1.1 en 3.3.4). Dit criterium is niet alleen van belang voor de situatie waarin de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt (zie paragraaf 3.3), maar ook voor de bescherming die hij geniet in het geval dat hij bij de uitoefening van zijn werkzaamheden schade aan een derde toebrengt. Het lijkt er namelijk op dat de 'artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' in principe zal moeten worden aangemerkt als ondergeschikte in de zin van artikel 6:170 lid 1 BW. Dat brengt mee dat als deze opdrachtnemer schade aan een derde berokkent, de opdrachtgever daar in beginsel volledig draagplichtig voor is (artikel 6:170 lid 3 BW). Bovendien kan deze opdrachtnemer zich tegenover de benadeelde derde op dezelfde verweermiddelen beroepen als de opdrachtgever (artikel 6:257 BW). Dat houdt in dat als de opdrachtgever zijn externe aansprakelijkheid tegenover de benadeelde derde heeft geëxonererd en hier een geslaagd beroep op kan doen, de opdrachtnemer ook in de mogelijkheid verkeert zijn aansprakelijkheid ten opzichte van de benadeelde derde te pareren door zich op dit exoneratiebeding te beroepen.

De opdrachtnemer die niet aan de vereisten van artikel 7:658 lid 4 BW voldoet (zie paragraaf 3.3.1), moet het vanuit beschermingsperspectief meer hebben van algemene open normen dan van harde (vuist)regels.³²⁴ Zo kan de schadelijdende opdrachtnemer in aanmerking komen voor de vergoeding van zijn schade als uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een zorgplicht voor de opdrachtgever voortvloeit en de opdrachtgever daar vervolgens toerekenbaar in tekortschiet (artikel 6:248 lid 1 jo. artikel 6:74 BW). In dat geval geldt echter niet het slachtoffervriendelijke regime van artikel 7:658 lid 4 BW. Verder kan de opdrachtnemer die in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft toegebracht aan een derde, geen beroep doen op de blokkering van de paardensprong (artikel 6:257 BW) en staat de interne draagplichtverdeling tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer niet vast (artikel 6:171 BW). Die verdeling moet – bij gebreke van partijafspraken – worden bepaald aan de hand van de evenredige

³²³ Art. 6:76 BW is van regelend recht.

³²⁴ De regel die in dit kader wel duidelijkheid schept en voor alle opdrachtnemers geldt, is art. 6:76 BW: de opdrachtnemer is niet aansprakelijk voor wanprestatie van de opdrachtgever tegenover de derde, ook niet als die wanprestatie is ontstaan door een gedraging van de opdrachtnemer. Dat is pas anders als de handeling van de opdrachtnemer als onrechtmatig wordt aangemerkt (art. 6:162 BW).

verdelingssleutel (artikel 6:101 lid 1 BW), die wel ruimte laat voor een billijkheidscorrectie en op die manier (enige) bescherming kan bieden aan de opdrachtnemer aan de onderkant. Ook kan (enige) bescherming voortvloeien uit de rechterlijke matigingsbevoegdheid (artikel 6:109 lid 1 BW). Het is echter duidelijk dat als de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt of toebrengt aan een derde, er een groot verschil bestaat tussen de aanvullende bescherming die het verbintenissenrecht biedt aan enerzijds de opdrachtnemer die aan de vereisten van artikel 7:658 lid 4 BW voldoet en anderzijds de opdrachtnemer die daar niet aan voldoet.

Het onderscheid dat ik steeds heb aangebracht tussen de opdrachtnemer die wel en die niet onder het bereik van artikel 7:658 lid 4 BW valt, is achterwege gebleven ten aanzien van de situatie waarin de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade aan de opdrachtgever veroorzaakt. Dat houdt verband met het feit dat beide opdrachtnemers in deze situatie zijn onderworpen aan dezelfde toepasselijke regels waaruit bescherming kan voortvloeien, namelijk de open normen van artikel 6:101 lid 1 en artikel 6:109 lid 1 BW. De invulling van deze open normen, wat kan resulteren in bescherming, kan wel weer afhankelijk zijn van de vraag of vooral de opdrachtgever of de opdrachtnemer zeggenschap heeft over of invloed heeft op de werkomstandigheden, evenals dat andere omstandigheden van het geval een rol kunnen spelen, waaronder de onderlinge hoedanigheid van partijen.

3.5 De overeenkomst van opdracht en schade: een analyse van andere bijzondere regelingen

In paragraaf 3.3 heb ik de toepasselijkheid van het slachtoffervriendelijke regime van artikel 7:658 BW en de gevolgen daarvan voor de opdrachtnemer besproken. In paragraaf 3.4 heb ik mij geconcentreerd op de verbintenisrechtelijke regels op het gebied van schade en aansprakelijkheid, waarin niet alleen de situatie is behandeld waarin de opdrachtnemer schade lijdt, maar ook waarin hij schade toebrengt aan de opdrachtgever of een derde. In deze paragraaf bestudeer ik het bijzondere verbintenissenrecht dat (nog) niet van toepassing is op de opdrachtnemer. Ik ben op zoek naar analogieën die de discussie over het beschermingsniveau van de opdrachtnemer in het kader van aansprakelijkheidsvragen verder kunnen brengen. Daarbij beperk ik mij uitsluitend tot de regeling inzake de arbeidsovereenkomst. De reden daarvan hangt onder meer samen met de gelijkenschakeling van artikel 7:658 lid 4 BW.³²⁵ Wellicht leidt deze gelijkenschakeling tot enige kruisbestuiving in die zin dat de bescherming uit andere arbeidsovereenkomstrechtelijke bepalingen op dit gebied doorsijpelt, dan wel kan of moet doorsijpelen naar de overeenkomst van opdracht. Specifiek behandel ik twee leerstukken. Ik kies juist deze twee leerstukken, omdat zij bescherming (kunnen) bieden die de opdrachtnemer momenteel niet lijkt te

325 Daarnaast stoelt deze keuze op hetgeen ik zojuist al noemde: mijn doel is het zoeken naar analogieën in andere bijzondere regelingen om de discussie over het beschermingsniveau van de opdrachtnemer verder te brengen. Een reflectie over de verhouding tussen goed opdrachtnemerschap (art. 7:401 BW), goed aannemerschap (art. 7:754 BW) en goed huurderschap (art. 7:213 BW) draagt daar bijv. onvoldoende aan bij, zo is mijn inschatting. Bovendien richt mijn vizier zich in dit onderzoek op de opdrachtnemer aan de onderkant, die de opdracht zelf (in persoon) uitvoert, waardoor verschillende bepalingen zich niet lenen voor een vergelijking, zoals art. 7:751 en 7:429 BW.

hebben, terwijl daar mogelijk wel goede argumenten voor bestaan. Het eerste leerstuk is de verzekeringsplicht van de werkgever (artikel 7:611 BW),³²⁶ die naar mijn mening onder omstandigheden kan worden doorgetrokken naar de opdrachtgever op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) (paragraaf 3.5.1). Het tweede leerstuk ziet op de bescherming van de werknemer die bij de uitvoering van zijn werkzaamheden schade aan de werkgever toebrengt (artikel 7:661 BW), welke bepaling zich niet lijkt te lenen voor analoge toepassing, maar waarvoor wel goede redenen lijken te bestaan (paragraaf 3.5.2).

3.5.1 De opdrachtnemer lijdt schade

In het geval dat de werknemer in het verkeer schade lijdt, kan hij in principe geen beroep doen op artikel 7:658 BW, nu een zorgplichtschending ontbreekt. In die situatie brengt het goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW aanvullende bescherming voor de werknemer mee. De werkgever is namelijk verplicht de werknemer behoorlijk te verzekeren voor verkeersongevallen.³²⁷ Een schending van die plicht geeft de werknemer een aanspraak op een vergoeding van het bedrag dat hij zou hebben gekregen als de werkgever wel een behoorlijke verzekering had afgesloten.³²⁸ De vraag of de opdrachtgever onder omstandigheden een verzekeringsplicht heeft voor de opdrachtnemer en laatstgenoemde dus de bescherming kan genieten die artikel 7:611 BW de werknemer aanvullend op artikel 7:658 BW biedt, staat in het vervolg van deze paragraaf centraal.³²⁹ Deze discussie is nog altijd niet beslecht,³³⁰ terwijl de rechtsliteratuur verdeeldheid toont.³³¹ Ik ben van mening dat

326 De verzekeringsplicht heeft met de sterke groei van de bezorgsector aan belangstelling gewonnen, zeker nu de bezorgers vaak werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht (concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:153 voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267 (*Vivat*)).

327 Wat een behoorlijke verzekering is, moet van geval tot geval worden vastgesteld met de inachtneming van alle omstandigheden.

328 De verzekeringsverplicht ziet op de schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden als deelnemer aan het verkeer indien hij betrokken is bij een ongeval (i) als bestuurder van een motorvoertuig, (ii) als fietser (zowel een eenzijdig fietsongeval als een ongeval waarbij één of meerdere voertuigen zijn betrokken) én (iii) als voetganger waarbij één of meerdere voertuigen zijn betrokken (HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*)); HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175 (*Maasman/Akzo Nobel*); HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129 (*Maatzorg/Van der Graaf*); HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215 (*TNT Post/Wijenberg*)).

329 Bij deze bespreking ga ik niet in op de bescherming die in zo'n geval kan voortvloeien uit het reguliere aansprakelijkheidsrecht (art. 6:162 BW) (zie bijv. hof Arnhem 23 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH1948).

330 Het leek erop dat de HR zich in 2021 over deze vraag zou buigen, maar de belangrijkste klacht van de betrokkene zag in deze zaak op een ander punt en dat punt kon niet tot de vernietiging van het arrest van het hof leiden, waardoor de zaak is afgedaan op art. 81 RO (HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267 (*Vivat*)). Overigens is een soortgelijke vraag t.a.v. de vrijwilliger ook afgedaan op art. 81 RO (HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1953).

331 Zie voor een ontkennend antwoord Gouweloos, *JA* 2013/154; Van Dijke, *VR* 2016/182; concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:153 voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267 (*Vivat*); Oskam, *TVP* 2021/4; Van Tiggele-van der Velde, *AV&S* 2022/17; Opdam, *TRA* 2022/78; zie voor een bevestigend antwoord Hiel, *JA* 2018/33; Vegter, *TRA* 2021/96; Bouwman & De Jong, *AV&S* 2021/3; Bosch & Hebly, *ArA* 2022/2.1 en in zekere zin ook Van Dijke & Van Emden, *JA* 2020/37, al kunnen zij zich niet gemakkelijk een concrete situatie voorstellen waarin de aard van de overeenkomst van opdracht een ongeschreven verzekeringsplicht in het leven roept tegenover de opdrachtnemer.

het antwoord op deze vraag onder omstandigheden bevestigend moet luiden en zal dat hierna verder toelichten.

Tegenstanders van een analoge toepassing van de verzekeringsplicht op de verhouding opdrachtgever-opdrachtnemer wijzen op verschillende argumenten, die ik hierna kort zal bespreken en direct zal weerleggen of nuanceren.³³² Ten eerste heeft de Hoge Raad volgens tegenstanders paal en perk gesteld aan een verdere uitbreiding van de verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW.³³³ Dit argument overtuigt mij niet, omdat het naar analogie toepassen van de verzekeringsplicht op de opdrachtnemer niet zozeer een inhoudelijke uitbreiding van de verzekeringsplicht inhoudt (materiële reikwijdte), maar veel meer ziet op wie onder het beschermingsbereik valt (personele reikwijdte),³³⁴ waarover de Hoge Raad zich niet heeft uitgelaten.

Ten tweede menen tegenstanders van een analoge toepassing van de verzekeringsplicht op de verhouding opdrachtgever-opdrachtnemer dat het doortrekken van die plicht geen structurele bescherming voor opdrachtnemers oplevert, maar bescherming die sterk afhangt van de omstandigheden van het geval.³³⁵ De bescherming van de opdrachtnemer is wel vaker afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zowel binnen het thema aansprakelijkheid, waaronder de toepasselijkheid van het slachtoffervriendelijke regime van artikel 7:658 BW (zie paragraaf 3.3.1), als buiten dit thema, zoals ten aanzien van het minimumloon (zie paragraaf 2.3.1) en het recht op een aanvullende opzegvergoeding (zie paragraaf 4.3.3). Dat is de logische consequentie van de variëteit van de rechtsverhouding die zich verbergt achter de overeenkomst van opdracht. Ik ben het ermee eens dat dit de rechtszekerheid niet ten goede komt, maar om er dan maar voor te kiezen geen bescherming te bieden, zodat partijen weten waar zij aan toe zijn, gaat mij vanuit de beschermingsgedachte een brug te ver.³³⁶

Ten derde wijzen tegenstanders van een analoge toepassing van de verzekeringsplicht op de verhouding opdrachtgever-opdrachtnemer erop dat de positie van de opdrachtnemer

332 Ik streef bij deze bespreking geen volledigheid na. Zo ga ik niet in op het argument dat meerdere (rechts)personen kunnen worden aangesproken (concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:153 voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267 (*Vivat*); Oskam, *TVP* 2021/4; Lauxtermann, *AV&S* 2022/22), omdat ik uitga van een 'tweehoeksrelatie'. Zie voor een weerlegging van dit argument Bosch & Hebly, *ArA* 2022/2.1.

333 Van Dijke, *VR* 2016/182; concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:153 voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267 (*Vivat*); Oskam, *TVP* 2021/4; Van Tiggele-van der Velde, *AV&S* 2022/17, allen onder verwijzing naar HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215 (*TNT Post/Wijenberg*); HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223 (*De Rooyse Wissel*).

334 Vegter, *TRA* 2021/96; Bosch & Hebly, *ArA* 2022/2.1.

335 Concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:153 voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267 (*Vivat*); Oskam, *TVP* 2021/4.

336 Zie ook Vegter, *TRA* 2021/96; Bosch & Hebly, *ArA* 2022/2.1.

momenteel de aandacht van de politiek heeft,³³⁷ ook ten aanzien van (de bescherming tegen) het risico van arbeidsongeschiktheid, waardoor rechtsvorming minder voor de hand ligt.³³⁸ Een arbeidsongeschiktheidsverzekering lost echter niet alle problemen op. Als daarnaast geen behoorlijke verzekering bestaat, zoals een SVI (Schade Inzittenden Verzekering), zullen bepaalde schadeposten voor rekening van de opdrachtnemer blijven.³³⁹

Nu de argumenten van de tegenstanders mij niet overtuigen en er goede argumenten lijken te bestaan om de verzekeringsplicht voor de opdrachtgever door te trekken (en daarmee het beschermingsniveau van de opdrachtnemer uit te breiden), resteert de vraag wanneer dat het geval moet zijn en op welke rechtsgrond. Het doortrekken van deze plicht, die op grond van artikel 7:611 BW voor de werkgever geldt, kan voor de opdrachtgever naar mijn overtuiging lopen via de band van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW),³⁴⁰ waarvan artikel 7:611 BW een uitwerking vormt.³⁴¹ Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden achtte het niet uitgesloten dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) in de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de 'echte' opdrachtnemer,³⁴² onder omstandigheden meebrengt dat op de opdrachtgever een verzekeringsplicht rust die vergelijkbaar is met die van de werkgever.³⁴³ Voor het aannemen daarvan zijn wel 'bijzondere omstandigheden' vereist en die ontbraken volgens het gerechtshof, aangezien de opdrachtnemer niet een vergelijkbare positie innam als de werknemers die in het bedrijf van de opdrachtgever werkzaam waren. Daarbij lijkt het hof het criterium uit het *Davelaar/Allspan*-arrest³⁴⁴ analoog toe te passen

337 Lange tijd was de vraag of de verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering op korte termijn zou worden ingevoerd. De prognose was namelijk dat zo'n verzekering pas 'tussen 2027 en 2029' kan ingaan (*Kamerstukken II 2021/22*, 29 544, 1112, p. 28). Inmiddels heeft Nederland (in het kader van het Europese Herstel- en Veerkrachtplan) zich eraan gecommitted in het eerste kwartaal van 2025 een wet in het *Staatsblad* te publiceren die een verplichte verzekering tegen arbeidsongeschiktheid voor zelfstandigen regelt (*Kamerstukken II 2021/22*, 31 311, 246, p. 7). Ten tijde van dit schrijven (1 januari 2023) is nog niet bekend hoe deze verzekering eruit komt te zien.

338 Concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:153 voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267 (*Vivat*); Oskam, *TVP 2021/4*. Vegter pareert dit argument door te stellen dat er al heel lang aandacht wordt gevraagd voor o.a. opdrachtnemers, maar dat concrete maatregelen van welke regering dan ook tot nog toe zijn uitgebleven (Vegter, *TRA 2021/96*).

339 Opdam, *TRA 2022/78*.

340 Daarmee is ook meteen het argument getackeld dat art. 7:611 BW geen vierde lid kent, zoals art. 7:658 BW dat wel heeft (dit argument is o.a. aangehaald door Gouweloos, *JA 2013/154*; Hiel, *JA 2018/33*; Oskam, *TVP 2021/4*).

341 Daarmee zeg ik niet dat art. 7:611 en 6:248 BW in alle gevallen parallel lopen (*Kamerstukken II 1993/94*, 23 438, 3, p. 15).

342 Het hof gaf met de woorden 'een opdrachtnemer die niet in een arbeidsrechtelijke verhouding staat tot die opdrachtgever' uitdrukkelijk aan dat hij niet alleen de schijnzelfstandige voor ogen heeft.

343 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10566, welk arrest de HR uiteindelijk afdeed op art. 81 RO. Ook in rb. Midden-Nederland 17 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2855 achtte de rechtbank een analoge toepassing van art. 7:611 BW op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid mogelijk.

344 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (*Davelaar/Allspan*).

(zie paragraaf 3.3.1).³⁴⁵ Die gedachte onderschrijf ik. Het is in mijn ogen immers gerechtvaardigd dat de opdrachtgever die kan kiezen de werkzaamheden te laten verrichten door opdrachtnemers of door eigen werknemers, ook verplicht is een behoorlijke verzekering af te sluiten voor opdrachtnemers indien de uitoefening van de werkzaamheden tussen beide groepen (vrijwel) overeenstemt en de opdrachtgever voor de eigen werknemers een verzekering moet afsluiten,³⁴⁶ zoals voor de zij-aan-zij-opdrachtnemer. Daarbij komt dat de verzekeringsplicht van artikel 7:611 BW een aanvulling is op artikel 7:658 BW, waarmee deze plicht in het verlengde kan worden gezien van het laatstgenoemde artikel. Weliswaar heeft artikel 7:658 lid 4 BW geen betrekking op artikel 7:611 BW, maar het is wel degelijk een belangrijke reden om de artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer een soortgelijke bescherming te bieden.³⁴⁷

Wanneer zo'n verzekeringsplicht bestaat, lijkt af te hangen van het 'artikel 7:658 lid 4 BW-criterium' (zie paragraaf 3.3.1 en 3.3.4) en komt *in concreto* neer op de vraag wie het beste in staat is het risico op schade te dekken door een verzekering. Als het ongeval bijvoorbeeld met een vervoersmiddel van de opdrachtgever plaatsvindt, is dat waarschijnlijk eerder de opdrachtgever.³⁴⁸ Andersom geldt hetzelfde: is het vervoersmiddel in het bezit van de opdrachtnemer, dan is het in principe aan de opdrachtnemer een verzekering af te sluiten.³⁴⁹ Afwijkingen op deze uitgangspunten zijn mogelijk als bijkomende omstandigheden daartoe aanleiding geven, bijvoorbeeld als de premies voor het afsluiten van een verzekering door de opdrachtgever aanmerkelijk lager liggen dan als de opdrachtnemer de verzekering zou afsluiten.³⁵⁰ Als partijen hierover contractuele afspraken maken en in het contract bijvoorbeeld opnemen dat het loon gedeeltelijk bestaat uit een vergoeding voor een behoorlijke verzekering of dat de opdrachtnemer zorg zal dragen voor een adequate verzekering, wordt het voor de opdrachtnemer aanzienlijk complexer de opdrachtgever aansprakelijk te stellen op grond van het schenden van de verzekeringsplicht. Het contract

345 Ik doel op de volgende overweging: "Een van de bijzondere omstandigheden, zoals hiervoor bedoeld, die het hof in dat kader van wezenlijk belang acht is, dat de zelfstandig ondernemer, die werkzaamheden heeft verricht in de uitoefening van het beroep of bedrijf van degene in opdracht van wie de arbeid is verricht, zich in een vergelijkbare positie bevindt als een werknemer die werkzaam is in het bedrijf van de opdrachtgever."

346 Hierin is de ratio van art. 7:658 lid 4 BW te lezen: de keuzevrijheid van de opdrachtgever om het werk te laten verrichten door (eigen) werknemers of door opdrachtnemers, behoort niet van invloed te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 263, 14, p. 6; *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, 7, p. 15; *Kamerstukken I 1998/99*, 26 257, 110b, p. 7). Anders zou tevens de onwenselijke situatie kunnen ontstaan dat de opdrachtgever de werkzaamheden uitbesteedt aan opdrachtnemers om arbeidsrechtelijke verplichtingen te ontlopen (zie par. 3.3.1).

347 Bouwman & De Jong, *AV&S 2021/3*; Vegter, *TRA 2021/96*.

348 Dit is wat kort door de bocht, aangezien de opdrachtnemer ook een verzekering zou kunnen afsluiten waarbij mede ongevallen bij het gebruik van andermans vervoersmiddelen gedekt zijn, maar het gaat mij om het schetsen van wat algemene aanknopingspunten en niet zozeer om een volledig genuanceerd beeld.

349 Daarbij kan o.a. relevant zijn of de opdrachtnemer ter uitvoering van de opdracht de keuze had om de werkzaamheden met zijn eigen vervoersmiddel uit te voeren of met dat van de opdrachtgever. Als het vervoersmiddel van de opdrachtgever is verzekerd en de opdrachtnemer is hiervan op de hoogte, maar hij kiest er toch voor om de opdracht uit te voeren met zijn eigen vervoersmiddel, zal een verzekeringsplicht veelal ontbreken.

350 Houweling, *JIN 2012/72*.

laat in dat geval namelijk vermoedelijk geen ruimte voor aanvulling (artikel 6:248 lid 1 BW).³⁵¹ Dit beding moet dan eerst worden vernietigd of terzijde worden geschoven door de strenge norm van de onredelijke bezwarendheid van het beding (artikel 6:233 sub a BW),³⁵² mits sprake is van een algemene voorwaarde, respectievelijk de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW), waarna een leemte kan ontstaan. Die leemte kan dan worden aangevuld met de verzekeringsplicht (artikel 6:248 lid 1 BW), voor zover de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer deze aanvulling behoeft.

3.5.2 De opdrachtnemer brengt schade aan de opdrachtgever toe

Voor de situatie waarin de werknemer bij de uitvoering van de overeengekomen werkzaamheden schade veroorzaakt,³⁵³ bevat titel 7.10 BW een bijzondere bepaling: aan de ene kant wordt de regel van artikel 6:170 lid 3 BW herhaald (artikel 7:661 lid 2 BW) (zie paragraaf 3.4.3.1) en aan de andere kant vindt een uitbreiding van deze regel plaats in het geval dat de schade direct aan de werkgever is berokkend (artikel 7:661 lid 1 BW). Het gaat mij in deze paragraaf om de tweede situatie: de schade is rechtstreeks aan de werkgever toegebracht. De aansprakelijkheid van de werknemer tegenover de werkgever vormt een belangrijke uitzondering op artikel 6:74 en 6:75 BW en kent dezelfde grens als artikel 7:658 lid 2 BW (zie paragraaf 3.2.2.2): de werknemer is voor de door hem veroorzaakte schade slechts aansprakelijk indien deze het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid (artikel 7:661 lid 1 BW).³⁵⁴ Daarnaast bestaan er nog twee uitzonderingen. Zo kan uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van de overeenkomst, een andere aansprakelijkheidsverdeling voortvloeien (artikel 7:661 lid 1 BW). Ook zijn schriftelijke afwijkingen ten nadele van de werknemer toegestaan, mits de werknemer daarvoor is verzekerd (artikel 7:661 lid 2 BW).

De opdrachtnemer die schade aan de opdrachtgever toebrengt, geniet op basis van Boek 6 BW geen met artikel 7:661 BW vergelijkbare bescherming. In deze context is hij aangewezen op een verzekering, exoneratiebeding of de open normen van de evenredige verdelingsleutel, in het bijzonder de billijkheidscorrectie (artikel 6:101 lid 1 BW) en de rechterlijke matigingsbevoegdheid (artikel 6:109 lid 1 BW) (zie paragraaf 3.4.2). Wel is het zo dat de opdrachtnemer die schade lijdt, wordt beschermd door het slachtoffervriendelijke regime van artikel 7:658 BW indien hij (i) voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van

351 Bouwman & De Jong, *AV&S* 2021/3.

352 Overigens is het denkbaar dat deze opdrachtnemer in zijn bewijspositie wordt versterkt door de reflexwerking van de 'grijze lijst' (zie uitgebreider Schelhaas 2018, p. 24 e.v.; Loos 2018, p. 222), waarmee het vermoeden zou worden gevestigd dat dit beding onredelijk bezwarend is (art. 6:237 sub f BW).

353 HR 16 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2886 (*Having/PRC*). Als de schade ontstaat buiten het werk om, kan de werknemer alsnog aansprakelijk zijn, maar dan op grond van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), in welk geval nog altijd het strenge eigenschuld criterium van opzet of bewuste roekeloosheid geldt (HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3985 (*Van Doesburg/Tan*)).

354 De begrippen uit deze bepalingen worden op gelijke wijze uitgelegd (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, 3, p. 41; HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2235 (*City Tax/De Boer*)). Zie voor een uiteenzetting van de bijval en kritiek uit de rechtsliteratuur op zowel deze gelijkenschakeling als het (restrictieve) eigenschuld criterium zelf concl. A-G Van Peursem, ECLI:NL:PHR:2020:844 voor HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:181 (*X/Wageningen Universiteit*).

de opdrachtgever en (ii) de verrichte werkzaamheden tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever behoren (artikel 7:658 lid 4 BW) (zie paragraaf 3.3).³⁵⁵ Ook lijkt de opdrachtnemer die aan de vereisten van artikel 7:658 lid 4 BW voldoet en schade toebrengt aan een derde, in de regel te worden beschermd door de interne draagplichtverdeling (artikel 6:170 lid 1 jo. lid 3 BW), zoals ik heb betoogd in paragraaf 3.4.3.1. In beide gevallen vervalt de bescherming van de opdrachtnemer als de schade is veroorzaakt door zijn opzet of bewuste roekeloosheid (artikel 7:658 lid 2 respectievelijk artikel 6:170 lid 3 BW). De vraag is of de opdrachtnemer die onder het bereik van artikel 7:658 lid 4 BW (en daarmee in mijn ogen tevens onder artikel 6:170 lid 1 BW) valt, ook onder het beschermende regime van artikel 7:661 kan vallen, ondanks het feit dat in artikel 7:661 BW een uitbreiding van de personele reikwijdte, zoals artikel 7:658 BW met het vierde lid kent (zie paragraaf 3.3.1), ontbreekt. Uit de keuze van de wetgever om in 1999 een vierde lid aan artikel 7:658 BW toe te voegen en dit achterwege te laten voor artikel 7:661 BW,³⁵⁶ lijkt te moeten worden afgeleid dat een analoge toepassing van artikel 7:661 BW niet tot de mogelijkheden behoort.³⁵⁷ Titel 7.10 BW ziet immers in principe alleen op werknemers in de zin van artikel 7:610 BW. Ik zie echter aanknopingspunten die eventueel aanleiding geven tot een wetswijziging op dit gebied en zal dat hieronder nader toelichten.³⁵⁸

De ratio van artikel 7:658 lid 4 BW is dat degene die in vrijheid kan kiezen de werkzaamheden te laten verrichten door eigen werknemers of door anderen, niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt (zie paragraaf 3.3.1). De artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtgever die zijn zorgverplichtingen niet nakomt, dient 'op gelijke voet' aansprakelijk te zijn voor de schade van werknemers en anderen die bij hem werkzaam zijn.³⁵⁹ Ik lees deze ratio zo dat de keuzevrijheid van de opdrachtgever in algemene zin niet van invloed behoort te zijn op het beschermingsniveau van de opdrachtnemer die ten aanzien van zijn werkomstandigheden en de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's (mede) afhankelijk is van de opdrachtgever en de werkzaamheden in het kader van het beroep of bedrijf van de opdrachtgever verricht. Oftewel: de opdrachtgever die zeggenschap heeft over of invloed heeft op de werkomstandigheden van de opdrachtnemer en beter dan de opdrachtnemer in staat is maatregelen te treffen ter voorkoming van de schade die is ingetreden, dient daarvoor in beginsel verantwoordelijk te zijn en de mogelijke schade die daaruit voortvloeit voor zijn rekening te nemen. Vanuit deze beschermingsgedachte zou de toepassing van artikel 7:661 BW op de artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer voor

355 Overigens heb ik voor de toepassing van art. 7:658 lid 4 BW dit tweede vereiste in twijfel getrokken (zie par. 3.3.4).

356 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300.

357 Een analoge toepassing lijkt namelijk in te gaan tegen wat de wetgever tot uitdrukking heeft willen brengen en daarmee *contra legem* te zijn (Wiarda 1999, p. 40).

358 In de rechtsliteratuur is deze gedachte ook te vinden, zij het sporadisch (Boot 2005, p. 225; Hulstein & Van der Kolk-Heinsbroek, *PIV-Bulletin* 2012/4; Kolder, *AV&S* 2015/1; Buijs 2022, aant. 8).

359 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, 14, p. 6; *Kamerstukken I* 1998/99, 26 257, 110b, p. 7.

de hand liggen.³⁶⁰ Steun voor deze opvatting is te vinden in de rechtspraak. Zo paste het gerechtshof Arnhem artikel 7:661 BW toe op de schadeveroorzakende stagiair met als reden dat de stagiair een ondergeschikte was en het stagebedrijf zeggenschap had over en invloed had op zijn werkomstandigheden.³⁶¹

Vooralschouten heeft bepleit dat een personele uitbreiding van artikel 7:661 BW onlogisch voorkomt, gezien de verschillende karakters en ratio's van artikel 7:658 en 7:661 BW.³⁶² Dat artikel 7:661 BW een risicoaansprakelijkheid is en artikel 7:658 BW een schuldaansprakelijkheid inhoudt, beide een eigen totstandkomingsgeschiedenis kennen én niet alle rationes een-op-een overeenkomen, realiseer ik mij terdege, maar ligt genuanceerder dan het op het eerste gezicht lijkt. Vanwege de strenge norm van artikel 7:658 BW³⁶³ wordt in dit verband namelijk wel gesproken van een schuldaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast die naar een risicoaansprakelijkheid neigt,³⁶⁴ dan wel van het feit dat de eisen van artikel 7:658 BW zover gaan dat een risicoaansprakelijkheid in de praktijk toch in de buurt komt (zie paragraaf 3.3.2).³⁶⁵ Bovendien biedt artikel 7:661 BW op zijn beurt een escape voor de gevallen waarin de toepassing daarvan onbillijk zou uitvallen, aangezien de omstandigheden van het geval kunnen leiden tot een andere draagplichtverdeling. Zo kan alsnog rekening worden gehouden met de mate van schuld aan beide zijden, waaronder het feit dat de opdrachtgever al dan niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan.

360 Mocht de wetgever art. 7:661 BW daadwerkelijk uitbreiden tot de art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer, dan zouden de bescherming bij het oplopen van schade in de uitoefening van de werkzaamheden én de bescherming bij het veroorzaken van schade in de uitoefening van de werkzaamheden worden gekoppeld aan dezelfde norm. Het voorgaande lijkt nu al het geval te zijn t.a.v. de art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer die schade lijdt en schade veroorzaakt aan een derde, voor zover mijn lezing juist is dat de opdrachtnemer kan kwalificeren als ondergeschikte als bedoeld in art. 6:170 lid 1 BW. Met een wetswijziging zou dat ook gaan gelden als de opdrachtgever de benadeelde partij in kwestie is. Dat zou ook in de lijn der verwachtingen liggen als mijn interpretatie van art. 6:170 lid 1 BW juist is, gezien het feit dat art. 7:661 BW een specifieke uitwerking vormt van art. 6:170 BW en dezelfde strekking heeft (*Kamerstukken II 1987/88*, 17 896, 8, p. 27). Daarbij plaats ik de nuance dat art. 6:170 BW uitsluitend ziet op de situatie waarin de derde schade lijdt, terwijl art. 7:661 BW breder is en ook de opdrachtgever als benadeelde partij kan bestrijken.

361 Hof Arnhem 31 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV2352. Eenzelfde uitkomst was eerder uitgesproken in een andere zaak (rb. Groningen 27 juni 2003, ECLI:NL:RBGRO:2003:AH9008), zij het dat de motivering daarvan minder interessant is voor dit onderzoek.

362 Schouten, *TAP* 2014/205; Schouten, *ArA* 2014/3.2; Schouten 2020, p. 62, 103, 104, 253, 254 en 310.

363 Met strenge norm bedoel ik in deze zin zowel dat relatief snel wordt aangenomen dat de opdrachtgever in zijn zorgplicht is tekortgeschoten (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 263, 14, p. 6; Asser 2003, p. 67; Hartlief 2003, p. 151; Vegter, *Bb* 2003/24; Rauws 2003, p. 149 e.v.; Waterman 2009, p. 82 en 164; Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (*Mon. Pr. nr. 13*) 2021/2.23) als het feit dat de opdrachtgever aansprakelijk wordt geacht als hij er niet in slaagt een van de uitzonderingssituaties uit art. 7:658 BW te bewijzen, terwijl dus niet is komen vast te staan dat hij daadwerkelijk is tekortgeschoten in zijn zorgplicht.

364 Asser 2003, p. 67; Hartlief 2003, p. 151; Vegter, *Bb* 2003/24; Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (*Mon. Pr. nr. 13*) 2021/2.23.

365 Rauws 2003, p. 149 e.v.; Waterman 2009, p. 82 en 164.

3.6 Schematisch overzicht beschermingsniveau en toelichting

Aan de hand van tabel 2 breng ik de aanvullende verbintenisrechtelijke bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van het thema aansprakelijkheid in kaart. Deze aanvullende bescherming beoordeel ik op basis van het door mij ontwikkelde toetsingskader. Daarin heb ik onderscheid aangebracht tussen een 'laag beschermingsniveau',³⁶⁶ een 'gemiddeld beschermingsniveau'³⁶⁷ en een 'hoog beschermingsniveau'³⁶⁸ (zie paragraaf 1.3.1).

Tabel 2. 'Beschermingsniveau aansprakelijkheid'

	Bescherming alle opdrachtnemers	Bescherming titel 7.10 BW	Aanvullende bescherming opdrachtnemer aan de onderkant	Korte verklaring	(Mogelijk) knelpunt voor opdrachtnemer aan de onderkant
Opdrachtnemer lijdt schade	Schade komt zelden voor vergoeding in aanmerking	Schade wordt in de regel vergoed	Hoog en gemiddeld	Schade 'art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' wordt in de regel vergoed (hoog) Schade 'niet-art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' wordt soms vergoed (gemiddeld)	Opdrachtgever kan aansprakelijkheid exonereren tegenover 'niet-art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer'
Opdrachtnemer brengt schade aan opdrachtgever toe	/	Zelden aansprakelijk	Gemiddeld	Billijkheidscorrectie kan achteraf bescherming bieden	Bescherming 'art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' ontbreekt

366 Daaronder versta ik: het verbintennisrecht biedt niet of nauwelijks afwijkende bescherming ten opzichte van de afdeling inzake de opdracht (afd. 7.7.1 BW) en de algemene bepalingen uit Boek 6 BW die geen open norm kennen.

367 Dat wil zeggen: de verbintenisrechtelijke bescherming zit tussen die uit de afdeling inzake de opdracht (afd. 7.7.1 BW) en de algemene bepalingen uit Boek 6 BW die geen open norm kennen (laag beschermingsniveau) en de regeling inzake de arbeidsovereenkomst (titel 7.10 BW) (hoog beschermingsniveau) in.

368 Daarmee bedoel ik: de verbintenisrechtelijke bescherming is meer dan, gelijk aan of komt in de buurt van die uit de regeling inzake de arbeidsovereenkomst (titel 7.10 BW).

	Bescherming alle opdrachtnemers	Bescherming titel 7.10 BW	Aanvullende bescherming opdrachtnemer aan de onderkant	Korte verklaring	(Mogelijk) knelpunt voor opdrachtnemer aan de onderkant
Opdrachtnemer brengt schade aan derde toe	Geen aansprakelijkheid voor wanprestatie opdrachtgever ontstaan door gedraging opdrachtnemer, tenzij onrechtmatige daad	Zelden draagplichtig	Hoog en gemiddeld	Ondergeschikte opdrachtnemer is zelden draagplichtig (hoog) Niet-ondergeschikte opdrachtnemer kan achteraf worden beschermd door billijkheidscorrectie (gemiddeld)	Risico van insolvente opdrachtgever ligt bij opdrachtnemer Niet-ondergeschikte opdrachtnemer kan geen beroep doen op verweermiddelen van opdrachtgever

Tabel 2 zal ik hierna van een korte toelichting voorzien. Vervolgens maak ik een 'eindbeoordeling' van het aanvullende verbintenisrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van het thema aansprakelijkheid.

De opdrachtnemer lijdt schade

De opdrachtnemer die voldoet aan de vereisten van artikel 7:658 lid 4 BW (zie paragraaf 3.3.1), haalt daarmee het slachtoffervriendelijke regime van artikel 7:658 BW binnen (zie paragraaf 3.3.2). De exacte invulling van de zorgplicht van de opdrachtgever kan verschillen ten opzichte van die van de werkgever doordat sprake is van een opdrachtnemer (zie paragraaf 3.3.2.1), maar het beschermingsniveau van de 'artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' zal in de regel gelijk zijn aan of in de buurt komen van die van de werknemer. Voor laatstgenoemde opdrachtnemer lijkt dat ook te gelden omtrent de verzekeringsplicht van artikel 7:611 BW, zoals ik heb betoogd (zie paragraaf 3.5.1). Die bescherming kan deze opdrachtnemer bereiken via de band van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW). Vanwege voornoemde bescherming heb ik het beschermingsniveau van de 'artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' als 'hoog' aangemerkt.

Niet iedere opdrachtnemer aan de onderkant valt onder de bescherming van artikel 7:658 lid 4 BW. Een opdrachtnemer die buiten deze reikwijdte valt, loopt veel bescherming mis. Afgezien van de aansprakelijkheid voor buitengewone bijzondere gevaren (artikel 7:406 lid 2 BW), die voor alle opdrachtnemers openstaat, moet de opdrachtnemer aan de onderkant

in die situatie voor bescherming terugvallen op een uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplicht (artikel 6:248 lid 1 BW). Als daaruit een zorgplicht volgt en de opdrachtgever schiet daarin toerekenbaar tekort, dan kan de opdrachtnemer de opdrachtgever aansprakelijk stellen (artikel 6:74 BW).³⁶⁹ Het is in dit geval aan de opdrachtnemer om te bewijzen dat de opdrachtgever een zorgplicht had en deze heeft geschonden (zie paragraaf 3.4.1). De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) biedt de opdrachtnemer dus wel de mogelijkheid om voor de vergoeding van zijn schade in aanmerking te komen, maar zet de beschermingsdeur minder breed open dan artikel 7:658 BW dat doet. Om die reden heb ik het beschermingsniveau van de 'niet-artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' als 'gemiddeld beschermingsniveau' betiteld. In dat kader speelt als mogelijk knelpunt dat de opdrachtgever zijn aansprakelijkheid kan hebben geëxoneerd (zie paragraaf 3.4.1). Ten aanzien van de 'artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' behoort zo'n afwijking niet tot de mogelijkheden vanwege het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:658 en titel 6.3 BW (artikel 7:658 lid 4 jo. lid 3 BW) (zie paragraaf 3.3.3).

De opdrachtnemer brengt schade aan de opdrachtgever toe

De opdrachtnemer die schade aan de opdrachtgever heeft toegebracht en daarvoor aansprakelijk is, kan bescherming ontnemen aan de billijkheidscorrectie indien ook de opdrachtgever enige blaam treft (artikel 6:101 lid 1 BW). Concreet houdt dit in dat wanneer is vastgesteld in welke mate de aan de opdrachtnemer toe te rekenen omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen (wederzijdse causaliteit), een correctie van deze causaliteitsafweging kan plaatsvinden (billijkheidscorrectie). De rechter kan hierbij onder meer rekening houden met de economische positie waarin de opdrachtnemer zich tegenover de opdrachtgever bevindt (zie paragraaf 3.4.2). Verder wordt de opdrachtnemer geen aanvullende bescherming geboden.³⁷⁰ Omdat de billijkheidscorrectie toch iets van (incidentele) bescherming aan de opdrachtnemer aan de onderkant kan bieden, heb ik het beschermingsniveau als 'gemiddeld' bestempeld. Toch neigt dit beschermingsniveau wellicht eerder naar 'laag', en wel om twee redenen. Ten eerste is de billijkheidscorrectie overgelaten aan het oordeel van de rechter. De opdrachtnemer aan de onderkant kan slechts achteraf en via de rechter deze bescherming verkrijgen. Ten tweede lijkt geen enkele opdrachtnemer, dus ook niet 'de artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' (zie paragraaf 3.3.1 BW), bescherming te kunnen ontnemen aan artikel 7:661 BW of een soortgelijke regel. De toepassing van deze bepaling zou meebrengen dat de opdrachtnemer alleen aansprakelijk zou zijn als de schade van de opdrachtgever een gevolg is van opzettelijk of bewuste roekeloos handelen van de opdrachtnemer. Een analoge toepassing van artikel 7:661 BW lijkt momenteel niet tot de mogelijkheden te behoren, ondanks dat daar naar mijn overtuiging goede redenen voor bestaan ten aanzien

369 Deze schadevergoedingsclaim kan onder omstandigheden ook worden gebaseerd op art. 6:162 BW. Zie over de samenloop tussen wanprestatie (art. 6:74 BW) en de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) Bakker, *ORP* 2021/2.

370 De rechterlijke matigingsbevoegdheid (art. 6:109 lid 1 BW) is een bijzondere toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR0220 (*Ahold/Staat*)) en noopt tot terughoudendheid (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 449). Om die reden heb ik deze matigingsmogelijkheid niet meegenomen in het overzicht, omdat ik anders de open norm van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) op alle plaatsen kan invullen met als gevolg dat het beschermingsniveau overal minimaal 'gemiddeld' zou zijn, gelet op de definitie die ik aan 'gemiddeld' heb gehangen.

van de opdrachtnemer die onder artikel 7:658 lid 4 BW valt (zie paragraaf 3.5.2). Het ontbreken van bescherming door een regel zoals het arbeidsovereenkomstenrecht dat met artikel 7:661 BW kent, heb ik als knelpunt benoemd (zie paragraaf 3.5.2).

De opdrachtnemer brengt schade aan een derde toe

De ondergeschikte opdrachtnemer is bij onrechtmatig handelen tegenover een derde extern aansprakelijk (artikel 6:162 BW), maar wordt doorgaans intern beschermd door een bijzondere draagplichtregeling (artikel 6:170 lid 1 jo. lid 3 BW) (zie paragraaf 3.4.3.1). Hierdoor is hij in de onderlinge verhouding met de opdrachtgever in principe slechts gehouden de schade te vergoeden als deze is veroorzaakt door zijn opzet of bewuste roekeloosheid (artikel 6:170 lid 3 BW). De ondergeschikte opdrachtnemer kan zich ook beroepen op de verweermiddelen die de opdrachtgever tegenover de derde in zijn bezit heeft (artikel 6:257 BW) (zie paragraaf 3.4.3.1). Hij geniet dezelfde structurele bescherming als de werknemer, wat leidt tot een 'hoog beschermingsniveau'. Niettemin bestaat in dit soort gevallen het risico van een insolvente opdrachtgever, in welk geval de opdrachtnemer zijn regresrecht niet kan uitoefenen en wat in de rechtsliteratuur veelvuldig als knelpunt is aangewezen (zie paragraaf 3.4.3.1).

De niet-ondergeschikte opdrachtnemer is bij onrechtmatig handelen tegenover een derde extern aansprakelijk (artikel 6:162 BW), waarbij een bijzondere draagplichtregeling ontbreekt (artikel 6:171 BW) (zie paragraaf 3.4.3.2). De onderlinge draagplicht van de opdrachtgever en de niet-ondergeschikte opdrachtnemer is afhankelijk van de partijafspraken. Bij gebreke daarvan komt het aan op de mate waarin de aan beide partijen toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen aan de schade (artikel 6:101 lid 1 BW). Deze vastgestelde aansprakelijkheid kan door de rechter worden gecorrigeerd naar billijkheid, waardoor de niet-ondergeschikte opdrachtnemer aan de onderkant toch nog enige vorm van (incidentele) bescherming kan worden geboden (artikel 6:101 lid 1 BW) (zie paragraaf 3.4.3.2). Hierdoor kwalificeer ik het aanvullende beschermingsniveau van de niet-ondergeschikte opdrachtnemer aan de onderkant als 'gemiddeld'. Deze opdrachtnemer kan echter vermoedelijk geen beroep doen op de verweermiddelen van de opdrachtgever tegenover de derde, aangezien artikel 6:257 BW niet van toepassing is op niet-ondergeschikten, terwijl daar wel goede redenen voor (lijken te) bestaan (zie paragraaf 3.4.3.2). Nu de mogelijkheid tot het toepassen naar analogie van artikel 6:257 BW op de niet-ondergeschikte opdrachtnemer onzeker is, doet zich hier een knelpunt voor (zie paragraaf 3.4.3.2).

Eindoordeel thema aansprakelijkheid

Het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van het thema aansprakelijkheid beschouw ik als 'gemiddeld' en kan voor een bepaalde categorie naar 'hoog' neigen. Dat laatste hangt vooral af van het antwoord op de vraag of de opdrachtnemer in een veiligheidsafhankelijke positie verkeert. Is dat het geval, dan geniet hij vrijwel dezelfde bescherming als werknemers indien hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade oploopt. Dat lijkt ook te gelden als hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade aan een derde toebrengt, zoals ik heb betoogd. Het verbintennisrecht kan de opdrachtnemer aan de onderkant die zich niet in een veiligheidsafhankelijke positie bevindt, enige aanvullende bescherming bieden aan de hand van (de invulling van) open

normen. Voor alle opdrachtnemers aan de onderkant geldt dat als zij in de uitoefening van hun werkzaamheden schade aan de opdrachtgever berokkenen, zij op enige wijze kunnen worden beschermd door de open normen van het verbintenissenrecht, maar dat die bescherming in geen van de gevallen structureel van aard is en daarom ook niet in de buurt komt bij het beschermingsniveau van de schadeveroorzakende werknemer. Een afweging van de aanvullende bescherming die het verbintenissenrecht de opdrachtnemer aan de onderkant kan bieden en enkele fundamentele knelpunten die mijn analyse aan het licht heeft gebracht, heeft ertoe geleid dat ik het aanvullende beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van het thema aansprakelijkheid niet als 'hoog', maar als 'gemiddeld' aanmerk.

3.7 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik een analyse gemaakt van de schade- en aansprakelijkheidsregels die van toepassing (kunnen) zijn op de overeenkomst van opdracht. Ik ben daarbij ingegaan op de situaties waarin de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden (i) schade lijdt, (ii) schade toebrengt aan de opdrachtgever en (iii) schade toebrengt aan een derde. De opdrachtnemer aan de onderkant geniet in dit verband op basis van de algemene wettelijke regeling inzake de opdracht in feite geen bescherming. Die bescherming kan wel door het verbintenissenrecht worden geboden. In dat kader kom ik ten aanzien van het thema aansprakelijkheid tot vier conclusies.

Ten eerste blijkt uit het samenstel van de verbintenisrechtelijke regels dat de opdrachtnemer aan de onderkant structurele bescherming kan genieten. Dat is namelijk het geval als de veiligheidsafhankelijke positie waarin de opdrachtnemer verkeert, te vergelijken is met die van de werknemer. Dat wil zeggen: de opdrachtgever is beter dan de opdrachtnemer in staat potentiële schade te voorkomen of te beperken vanwege zijn zeggenschap over of invloed op de werkomstandigheden. De verantwoordelijkheid van de schadelijdende of -veroorzakende opdrachtnemer verschuift dan naar de opdrachtgever, omdat laatstgenoemde beter bij machte is maatregelen te treffen die eventuele schade kan voorkomen of beperken. Deze verschuiving houdt niet zozeer verband met de vergelijkbaarheid tussen de opdrachtnemer en de eigen werknemers van de opdrachtgever als zodanig, maar veeleer met de vergelijkbaarheid van de afhankelijkheid waarin beide groepen kunnen verkeren ten aanzien van de zeggenschap over en invloed op hun werkomstandigheden. Hoe meer die posities gelijkenissen met elkaar vertonen, hoe meer het aansprakelijkheidsrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer overeenkomt met die van de werknemer. Anders gezegd: de opdrachtnemer die zich in een veiligheidsafhankelijke positie bevindt, behoeft structurele bescherming. Dat leidt ertoe dat als de opdrachtnemer in zo'n positie verkeert en in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, hij hierdoor in de regel recht heeft op een vergoeding van die schade (artikel 7:658 lid 4 jo. lid 2 jo. lid 1 BW).³⁷¹ Als deze opdrachtnemer de schade niet zelf lijdt, maar juist toebrengt aan een derde, lijkt hij ook te worden beschermd; hij is dan voor de door hem veroorzaakte schade niet aansprakelijk of draagplichtig, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid

³⁷¹ Ik heb betoogd dat dit ook het geval kan zijn als de schade van deze opdrachtnemer is ontstaan door een verkeersongeval (art. 6:248 lid 1 BW).

aan zijn zijde (artikel 6:170 lid 1 jo. lid 3 en artikel 6:257 BW). Ondanks voornoemde bescherming schiet de wet in mijn ogen tekort ten aanzien van de opdrachtnemer die in een veiligheidsafhankelijke positie verkeert, met name omdat deze opdrachtnemer geen structurele bescherming geniet in de situatie dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade aan de opdrachtgever berokkent. Dergelijke bescherming had wel op de weg gelegen, gezien zijn veiligheidsafhankelijke positie en de ratio die aan artikel 7:658 lid 4 BW ten grondslag ligt (zie het derde punt van deze conclusie). Mede daarom heb ik het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van het thema aansprakelijkheid niet als 'hoog', maar als 'gemiddeld' gekenmerkt.

Ten tweede kan de opdrachtnemer aan de onderkant die geen structurele beschermenswaardige positie inneemt, toch door het verbintennisrecht worden beschermd. Tegenover de opdrachtnemer die in een veiligheidsafhankelijke positie verkeert, staat de opdrachtnemer aan de onderkant die betrekkelijk zelfstandig de opdracht uitvoert. Deze opdrachtnemer heeft in de regel zeggenschap over en invloed op zijn werkomstandigheden en is daarmee verantwoordelijk voor zijn eigen veiligheid, alsook die van de opdrachtgever en derden. Niettemin kunnen de verbintenisrechtelijke open normen leiden tot bescherming in het geval dat deze opdrachtnemer schade lijdt of veroorzaakt. Zo kan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een zorgplicht voor de opdrachtgever meebrengen (artikel 6:248 lid 1 BW), kunnen exoneratiebedingen op redelijkheid worden getoetst (artikel 6:233 sub a respectievelijk artikel 6:248 lid 2 BW), kan de billijkheidscorrectie tot een andere draagplichtverdeling leiden (artikel 6:101 lid 1 BW) en kan de schadevergoeding door de rechter worden gematigd (artikel 6:109 lid 1 BW). Waar de structurele bescherming is voorbehouden aan een veiligheidsafhankelijke positie, bieden deze open normen de ruimte tot het verlenen van meer incidentele bescherming voor situaties waarin de omstandigheden van het geval dit rechtvaardigen. Daarbij kan rekening worden gehouden met de onderlinge hoedanigheid van partijen, waaronder de rechtsverhouding tussen partijen en hun draagkracht. Dat neemt niet weg dat ook de bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant die zich niet in een veiligheidsafhankelijke positie bevindt, op een knelpunt stuit. Deze opdrachtnemer lijkt zich namelijk niet te kunnen beroepen op de blokkering van de paardensprong (artikel 6:257 BW), terwijl voor de toepassing van die regel goede argumenten bestaan, nu de opdrachtnemer aan de onderkant vaak de zwakkere partij zal zijn. Ook het voorgaande, bestaande uit aan de ene kant de aanvullende bescherming die de open normen kunnen bieden en aan de andere kant het missen van bepaalde (structurele) bescherming, heeft bijgedragen aan het door mij gekozen predicaat 'gemiddeld beschermingsniveau' ten aanzien van het thema aansprakelijkheid.

Ten derde liggen verschillende gedachten ten grondslag aan de bescherming die het verbintennisrecht de opdrachtnemer kan bieden. Artikel 7:658 lid 4 BW is geïntroduceerd tegen de achtergrond dat een deel van de opdrachtnemers zich in een met een werknemer vergelijkbare veiligheidsafhankelijke positie bevindt. De keuzevrijheid van de opdrachtgever om het werk te laten verrichten door (eigen) werknemers of door opdrachtnemers, behoort niet van invloed te zijn op de rechtspositie van de opdrachtnemer die het werk verricht en betrokken raakt bij een ongeval of anderszins schade oploopt. Daarin kan zowel een individuele als collectieve beschermingsgrond worden gelezen. Enerzijds wordt hiermee voorkomen dat de opdrachtnemer op dezelfde wijze werkzaamheden verricht

als de (eigen) werknemers, maar hij – in tegenstelling tot die werknemers – niet wordt beschermd door artikel 7:658 BW (individuele grond). Anderzijds zou de opdrachtgever zonder een regel zoals artikel 7:658 lid 4 BW zijn arbeidsrechtelijke verplichtingen op het gebied van een veilige werkomgeving kunnen omzeilen door opdrachtnemers in plaats van werknemers in te schakelen, waarmee het onwenselijke effect van een *race to the bottom* op werkomstandigheden zou kunnen ontstaan (collectieve grond). Uiteindelijk heeft mede dit beschermingsmotief geresulteerd in het creëren van een *level playing field* als werkbare vorm en geleid tot de introductie van artikel 7:658 lid 4 BW. Ook andere ratio's hebben ten grondslag gelegen aan de structurele bescherming van de opdrachtnemer, namelijk de profijtgedachte (artikel 7:658, 6:170-171 en 6:76 BW), de mogelijkheid tot risicospreiding (*risk spreading capacity*) (artikel 7:658, 6:170-171 BW) en de gevaartheorie (artikel 7:658 en 6:170 BW).³⁷² De gedachte dat de opdrachtgever de risico's moet dragen voor het inschakelen van de opdrachtnemer, die de productiedoeleinden van de opdrachtgever meestal aan het uitbreiden is en waarvan de opdrachtgever profiteert, loopt als een rode draad door de zojuist genoemde ratio's.

Ten vierde heeft de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van het thema aansprakelijkheid als uitgangspunt eenzelfde (beschermings)positie als de economisch onafhankelijke opdrachtnemer die een hoog tarief in rekening brengt. Dat hangt samen met het feit dat de structurele bescherming op dit thema niet is verbonden aan de economisch zwakke positie van de opdrachtnemer aan de onderkant. Het gaat veel meer om een ander soort afhankelijkheid, namelijk de veiligheidsafhankelijkheid. Daarmee bedoel ik dat de opdrachtnemer voor zijn werkomstandigheden afhankelijk is van de opdrachtgever, omdat laatstgenoemde zeggenschap over of invloed op die omstandigheden heeft. Dat kan ertoe leiden dat de opdrachtnemer niet in staat is maatregelen te treffen die eventuele schade kunnen voorkomen of beperken. Niet alle opdrachtnemers aan de onderkant bevinden zich in deze veiligheidsafhankelijke positie, net zo goed als dat niet alle economisch onafhankelijke opdrachtnemers die een hoog tarief in rekening brengen, nooit onder zo'n veiligheidsafhankelijke positie hun werkzaamheden verrichten. Dat de opdrachtnemer een hoog tarief in rekening brengt, staat immers op zichzelf bezien los van de zeggenschap over of invloed op de werkomstandigheden.³⁷³ De hoedanigheid van partijen kan in deze context nog wel relevant zijn, bijvoorbeeld voor (de omvang van) de zorgplicht van de opdrachtgever. Verder kan die onderlinge hoedanigheid een rol spelen als de opdrachtnemer aan de onderkant niet structureel wordt beschermd. Aan de hand van de open normen van het algemene verbintenissenrecht kan deze opdrachtnemer alsnog bescherming worden

372 Slachtofferbescherming (art. 6:170-171 BW) en – in het verlengde daarvan – de eenheidsgedachte (art. 6:170-171 BW) noem ik hier niet, omdat deze beweegredenen zien op de bescherming van de benadeelde derde en niet zozeer op de schadeveroorzakende opdrachtnemer.

373 Overigens is het wel zo dat de kans groter is dat de opdrachtnemer die vanwege zijn specifieke expertise wordt ingeschakeld (en vermoedelijk een hoog tarief in rekening brengt), doorgaans minder snel in een veiligheidsafhankelijke positie verkeert.

geboden.³⁷⁴ Bij de invulling van die open normen wordt rekening gehouden met de onderlinge hoedanigheid van partijen. Daarbij geldt: hoe economisch zwakker de opdrachtnemer aan de onderkant tegenover de opdrachtgever is, hoe onredelijker komt het in principe voor hem met de schade te laten zitten. Een schadepost of -claim kan hem immers direct en ernstig in zijn vermogenspositie raken en daarmee zijn bestaanszekerheid (verder) onder druk zetten. De hoedanigheid van partijen kan zodoende een belangrijke corrigerende werking hebben voor het geval dat de opdrachtnemer structurele bescherming mist, maar bescherming wel op zijn plaats is.

374 Met open normen doel ik hierbij op de normen die onder 'ten tweede' van deze conclusie al aan bod kwamen: de zorgplicht van de opdrachtgever op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), het kunnen toetsen van exoneratiebedingen op redelijkheid (art. 6:233 sub a resp. art. 6:248 lid 2 BW), de billijkheidscorrectie die een andere draagplichtverdeling kan meebrengen (art. 6:101 lid 1 BW) en de rechterlijke matigingsbevoegdheid van de vordering (art. 6:109 lid 1 BW).

HOOFDSTUK 4

Opzegging

4.1 Inleiding

In de vorige twee hoofdstukken stonden de thema's loon en aansprakelijkheid centraal. Loon is het bestaansrecht van de opdrachtnemer, en een grote schadepost of -claim grijpt regelrecht in op de vermogenspositie van de opdrachtnemer, waarmee beide thema's verband houden met het economische en juridische voortbestaan van de opdrachtnemer. In dit hoofdstuk komt het laatste thema van dit onderzoek aan bod: de opzegging door de opdrachtgever. Ook dit thema hangt samen met het economische en juridische voortbestaan van de opdrachtnemer, oftewel: zijn bestaanszekerheid. De opdrachtnemer die (te) gemakkelijk zijn opdracht kan verliezen door een ruime opzegbevoegdheid van de opdrachtgever en zonder dat hij in aanmerking komt voor bepaalde (financiële) zekerheden, zou direct in zijn economische en juridische positie (kunnen) worden aangetast als zijn mogelijk enige of hoofdzakelijke inkomstenbron onmiddellijk wegvalt. De verbintenissenrechtelijke bescherming die de opdrachtnemer aan de onderkant in deze context bezit, vormt de kern van dit hoofdstuk.

'*Pacta sunt servanda*' is een van de grondbeginselen van het verbintenissenrecht. Dit beginsel brengt onder andere mee dat een contractspartij de overeenkomst en daaruit voortvloeiende verbintenissen niet klakkeloos eenzijdig kan verbreken, zodat de wederpartij kan vertrouwen op het gegeven woord. Naast de voornoemde gevolgen voor de bestaanszekerheid kan een grenzeloze mogelijkheid tot opzegging er immers toe leiden dat partijen minder snel de neiging zullen hebben in en rondom een relatie te investeren als zij niet de zekerheid hebben dat deze gedurende een zekere periode stand zal houden, voor zover het gaat om een duurverhouding.¹ De partij die de overeenkomst wenst op te zeggen of de wederpartij die daarmee wordt geconfronteerd, zal in eerste instantie (moeten) beoordelen of een opzegbevoegdheid bestaat. Dat is het geval indien uit de wet, overeenkomst of redelijkheid en billijkheid een dergelijke bevoegdheid voortvloeit. Als een partij deze bevoegdheid heeft en hier vervolgens gebruik van wil maken, rijst de vraag of ook rekening moet worden gehouden met andere opzegmodaliteiten, zoals een opzegtermijn en opzegvergoeding.

De wet kent geen definitie van het begrip 'opzeggen'. Hieronder versta ik in deze studie de wilsverklaring van de opdrachtgever gericht op de beëindiging van de overeenkomst. Buiten deze definitie vallen onder andere de beëindiging op grond van de ontbindingsregeling bij een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis en andere algemene

¹ Vgl. Strijbos 1985, p. 5-6.

rechtsfiguren op grond waarvan een einde aan de overeenkomst komt, zoals vernietiging vanwege een wilsgebrek. Zoals ook al in de vorige alinea naar voren kwam, speelt bij de opzegging van een overeenkomst niet alleen de bevoegdheid om dit te kunnen doen, maar ook de wijze waarop dit moet geschieden. Hierdoor valt het kapstokbegrip 'opzegging' als het ware uiteen in drie onderwerpen: de opzegbevoegdheid, de opzegtermijn en de opzegvergoeding, waarbij ik met het laatste onderwerp vooral doel op een (aanvullende) (schade)vergoeding vanwege de opzegging, maar ook het recht op loon bij opzegging betrek. Deze drie onderwerpen worden in alle paragrafen afzonderlijk en in chronologische volgorde besproken. Allereerst analyseer ik de opzegebepalingen van afdeling 7.7.1 BW (paragraaf 4.2). In de daaropvolgende paragraaf bespreek ik onder welke omstandigheden het algemene verbintenissenrecht de opdrachtnemer bescherming ten aanzien van het thema opzegging biedt (paragraaf 4.3). Vervolgens zoek ik in de opzegregelingen van de aannemingsovereenkomst, arbeidsovereenkomst, agentuurovereenkomst en huurovereenkomst naar analogieën met de overeenkomst van opdracht, dan wel naar aanknopingspunten die wellicht als richtsnoer kunnen dienen voor de overeenkomst van opdracht (paragraaf 4.4). Daarna zal ik het beschermingsniveau van de opdrachtnemer ten aanzien van het thema opzegging schematisch in kaart brengen (paragraaf 4.5). Ook dit hoofdstuk beëindig ik met een conclusie (paragraaf 4.6).

Net als in de voorgaande twee hoofdstukken ligt de focus in dit hoofdstuk op de niet-particuliere opdrachtgever en de opdrachtnemer die hoofdzakelijk door middel van zijn eigen arbeid tegen een laag tarief zelf (in persoon) diensten verricht. Deze opdrachtnemer wordt door mij aangeduid als de opdrachtnemer aan de onderkant en is veelal economisch afhankelijk van één opdrachtgever (zie paragraaf 1.2). Anders dan bij de thema's loon (met de resultaatsverbintenis-opdrachtnemer) en aansprakelijkheid (met de zij-aan-zij-opdrachtnemer) wordt geen 'extra' type opdrachtnemer in dit hoofdstuk vervlochten. Wel staat de duurovereenkomst van opdracht nog explicieter in het middelpunt,² meer specifiek het eenzijdig opzeggen van die overeenkomst door de (niet-particuliere) opdrachtgever met de opdrachtnemer aan de onderkant. Vooral de opzegging van de duurovereenkomst van opdracht doet al jaren het nodige stof opwaaien.³ Getuige de wettelijke regeling kan deze overeenkomst met de opdrachtnemer namelijk direct en zonder grond worden opgezegd. Het gevolg hiervan zou zijn dat de opdrachtnemer aan de onderkant zijn enige of hoofdzakelijke inkomstenbron van het ene op het andere moment kan zien wegvallen, waarbij hij vermoedelijk geen reserves heeft kunnen opbouwen voor dit soort gevallen doordat zijn tarief te laag is (zie paragraaf 1.1 en 2.1). De coronacrisis legde dit pijnpunt onder een vergrootglas.⁴ De keuze voor de opzegging van de duurovereenkomst van opdracht heeft

2 Onder 'duurovereenkomst' versta ik de verplichting van één of beide partijen tot opeenvolgende of voortdurende prestaties. Met deze definitie sluit ik aan bij *Asser/Sieburgh 6-III 2022/89*.

3 Trap 2007, p. 30; Boot e.a., *De zzp'er (MSR nr. 64) 2014/3.6 en 3.8*.

4 *Kamerstukken II 2019/20, 31 311, 235, p. 2; Diris, Jongen & Van Vliet 2022*.

tot gevolg dat ik de voorbijgaande overeenkomst van opdracht onbesproken laat.⁵ Een andere consequentie is dat onderwerpen als beëindiging met wederzijds goedvinden, het einde van rechtswege,⁶ vernietiging,⁷ verrekening⁸ en ontbinding⁹ buiten het bestek van deze studie vallen. Dit geldt eveneens voor de problematiek die kan spelen na opzegging, zoals een boetebeding, exoneratiebeding en non-concurrentiebeding; een uitzondering hierop vormt het recht op loon na opzegging.

4.2 De opzegregels van afdeling 7.7.1 BW

In deze paragraaf behandel ik de regels uit afdeling 7.7.1 BW over de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever (paragraaf 4.2.1), de opzegtermijn van de opdrachtgever (paragraaf 4.2.2) en de opzegvergoeding waar de opdrachtnemer mogelijk recht op heeft (paragraaf 4.2.3). De huidige bepalingen hebben het doel de opzegregels zo eenvoudig mogelijk te houden.¹⁰ Aan dit doel ligt de gedachte ten grondslag dat het niet goed denkbaar is het gehele terrein van de dienstverrichtingscontracten te overzien.¹¹

-
- 5 Tegenover de duurovereenkomst staat de 'voorbijgaande overeenkomst', ook wel 'eenmalige overeenkomst' genoemd. Van zo'n overeenkomst spreek ik als een verbintenis in het leven wordt geroepen die door een enkele prestatie kan worden voldaan en die daarmee haar einde vindt (deze definitie is ontleend aan *Asser/Sieburgh 6-III 2022/89*). in het kader van de opzegging is het onderscheid tussen de duurovereenkomst en de voorbijgaande overeenkomst (eenmalige overeenkomst) van belang, aangezien de aard van de voorbijgaande overeenkomst zich in het algemeen verzet tegen tussentijdse opzegbaarheid (Tjong Tjin Tai, *Meerpartijovereenkomst en samenhangende overeenkomsten* (Mon. BW nr. A29) 2019/54).
- 6 Hierbij valt te denken aan het verstrijken van tijd (art. 3:38 lid 1 BW), het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde (art. 6:22 BW), nakoming (art. 6:27-51 BW) en het overlijden van de opdrachtgever of opdrachtnemer (art. 7:409 resp. 7:410 BW).
- 7 Voorbeelden hiervan zijn de wilsgebreken (art. 3:44 en 6:228 BW), geestelijke stoornis (art. 3:34 BW) en handelingsonbekwaamheid (art. 3:32 BW). Een bijkomend argument om vernietiging niet te bespreken, is dat dit leerstuk slechts kan worden gebaseerd op omstandigheden die zich gedurende het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan, terwijl de inhoud van de opdracht regelmatig pas ten tijde van de uitvoering komt vast te liggen.
- 8 Hierbij doel ik op verrekening in de zin van art. 6:127 BW.
- 9 Ontbinden als bedoeld in art. 6:265 BW moet van opzeggen worden onderscheiden in die zin dat bij ontbinding de overeenkomst eenzijdig wordt verbroken doordat de opgezegde partij, ongeacht toerekenbaarheid, tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenis, tenzij de tekortkoming, gelet op haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.
- 10 *Kamerstukken II 1982/83, 17 779, 3, p. 2 en 5*. in het kader van dit doel noemt Boot de structuur van art. 7:408 BW 'wonderlijk', aangezien de huidige vorm van dit artikel juist veel verschillende situaties creëert (Boot noemt er acht (Boot 2005, p. 149; Boot e.a., *De zpp'er* (MSR nr. 64) 2014/3.6)). Deze situaties worden m.n. veroorzaakt door de verschillen die worden gemaakt tussen de particuliere opdrachtgever, de niet-particuliere opdrachtgever, de particuliere opdrachtnemer en de niet-particuliere opdrachtnemer. Dit aspect laat ik in dit onderzoek verder onbesproken, omdat zowel de particuliere opdrachtgever als de particuliere opdrachtnemer buiten het bestek van deze studie valt (zie par. 1.2).
- 11 *Kamerstukken II 1982/83, 17 779, 3, p. 5*. Overigens is deze vereenvoudiging vooral geprobeerd te bereiken door de band met de arbeidsovereenkomst grotendeels te verbreken.

4.2.1 De opzegbevoegdheid van de opdrachtgever

De opdrachtgever heeft de bevoegdheid de overeenkomst te allen tijde op te zeggen (artikel 7:408 lid 1 BW) en kan dit in iedere vorm doen (artikel 3:37 lid 1 BW). Dit geldt voor alle overeenkomsten van opdracht, dus ongeacht of de overeenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd is aangegaan, ongeacht of de overeenkomst een inspannings- of resultaatverbintenis inhoudt en ongeacht de grootte van partijen.¹² Anders gezegd: ook de multinational die opdrachtgever is, kan op basis van afdeling 7.7.1 BW de overeenkomst met bijvoorbeeld de opdrachtnemer aan de onderkant opzeggen zonder dat hij hiervoor een specifieke grond nodig heeft. De ratio van deze ruime opzegbevoegdheid is gelegen in de aard van de overeenkomst van opdracht zelf: de opdrachtgever is in principe vrij op welke manier hij zijn belangen behartigd wil zien worden en moet niet gedwongen kunnen worden de door hem bedongen prestatie te aanvaarden.¹³ Vanuit het beschermingsperspectief van de opdrachtnemer aan de onderkant klinkt dat misschien problematischer dan het in veel gevallen daadwerkelijk is. Het komt immers best vaak voor dat deze opdrachtnemer uitsluitend een financieel belang heeft. De ruime opzegbevoegdheid van de opdrachtgever zal naar mijn mening dan ook slechts tot nijpende gevallen leiden als blijkt dat de opdrachtnemer die louter een financieel belang heeft, onvoldoende financiële opzeggingsbescherming geniet, waarbij ik denk aan het ontbreken van de bescherming die kan voortvloeien uit een redelijke opzegtermijn of opzegvergoeding. Pas als de opdrachtnemer duidelijk meer dan alleen een financieel belang heeft, zou dat in mijn ogen aanleiding kunnen geven tot het beperken van de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever door de eis van een voldoende zwaarwegende opzeggingsgrond te stellen (zie paragraaf 4.3.1.1).

De opzegbevoegdheid van de niet-particuliere opdrachtgever heeft een regelend karakter, waardoor partijen deze bevoegdheid contractueel kunnen uitsluiten¹⁴ of beperken.¹⁵ Zo kunnen zij bedingen dat de opdrachtgever de overeenkomst slechts schriftelijk kan opzeggen als sprake is van een gewichtige reden.¹⁶ Dit voorbeeld kent een dubbele beperking, namelijk ten aanzien van de vorm (schriftelijk) en de inhoud (gewichtige reden).

12 Zie bijv. rb. Almelo 27 juli 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX2976; hof Amsterdam 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4372; hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1911; rb. Overijssel 2 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:364.

13 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 363. Of, om in de woorden van de toelichting op Boek 7 BW te spreken: de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever berust op de gedachte '(...) dat de autonomie van de menselijke persoon medebrengt dat hij te allen tijde een dienstverrichting van een ander te zijnen behoeve moet kunnen beëindigen, en dat hij aan een verplichting tot dienstverrichting zijnerzijds steeds een einde moet kunnen maken' (*Toelichting Boek 7*, p. 994).

14 Het volledig contractueel uitsluiten van de opzegbevoegdheid, dus ook vanwege gewichtige redenen, zal doorgaans naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (art. 6:248 lid 2 BW) (*Asser/Kortmann, De Leede & Thunnissen 5-III* 1994/110; Du Perron 1995, p. 236; De Vries 2015, p. 226).

15 Zie bijv. rb. Rotterdam 25 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4296. Overigens is een verruiming van de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever geen mogelijkheid, omdat afd. 7.7.1 BW met art. 7:408 lid 1 BW de opdrachtgever al de meest ruime opzegbevoegdheid geeft.

16 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, 3, p. 6. Bij een gewichtige reden kan overigens worden gedacht aan een verandering in de omstandigheden die van dusdanige aard is dat de opdracht billijkheidshalve onmiddellijk of na korte tijd behoort te eindigen. Deze definitie is ontleend aan art. 7.7.1.11 van het voorontwerp en komt bovendien overeen met art. 7:685 BW (oud).

Het contractueel inperken van de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever en op die wijze bescherming afdwingen lijkt geen reële mogelijkheid voor de opdrachtnemer aan de onderkant. Uit onderzoek blijkt immers dat de opdrachtgever in belangrijke mate het tarief van deze opdrachtnemer bepaalt.¹⁷ Hoewel dit betrekking heeft op de hoogte van het loon en dit niet te gemakkelijk op één lijn moet worden gesteld met het thema opzegging, zegt het wel degelijk iets over de onderhandelingspositie van deze opdrachtnemer tegenover de opdrachtgever. Hierdoor komt het naar mijn overtuiging onlogisch voor dat deze opdrachtnemer doorgaans wel in de positie zou verkeren te onderhandelen over een beperking van de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever. Dit ligt bijvoorbeeld anders voor de opdrachtnemer die een hoog tarief in rekening brengt. Het tarief van deze opdrachtnemer komt namelijk meestal tot stand door onderhandeling of hij bepaalt dat zelf.¹⁸ Bovendien heeft deze opdrachtnemer – gezien zijn hoge tarief – vermoedelijk een *asset* die de opdrachtgever wil en zal ook dat een reden zijn hem te willen behouden.

4.2.2 De opzegtermijn van de opdrachtgever

Een opzegtermijn betekent dat over deze termijn het volle loon verschuldigd is. Tijdens deze periode lopen de wederzijdse rechten en plichten van partijen in beginsel door. Zo'n termijn beschermt de opdrachtnemer in wezen door hem gedurende een zekere periode de mogelijkheid te geven een andere opdrachtgever te zoeken of zich op een andere wijze aan te passen aan de nieuwe situatie die na de beëindiging van de overeenkomst zal intreden. Zonder zo'n termijn zou het loon van de opdrachtnemer immers vrij onverwachts direct kunnen wegvallen en zouden vrij abrupt eventuele investeringen in deze opdracht niet meer kunnen worden terugverdiend. Via een opzegtermijn kan hij eventuele aanpassings- en afwikkelingsschade beperken, zoals het afbouwen van de relatie met de opdrachtgever en de daarmee samenhangende activiteiten, het zoeken naar alternatieven en het verkopen van eventueel overtollig materiaal.¹⁹ Voor een dergelijke aanpassing is doorgaans een zekere hoeveelheid tijd nodig.

De opdrachtgever is op basis van afdeling 7.7.1 BW niet verplicht een opzegtermijn in acht te nemen. Deze afdeling zwijgt namelijk over zo'n termijn. In artikel 7:408 lid 1 BW wordt alleen gesproken over 'te allen tijde' opzeggen, wat duidelijk geen opzegtermijn impliceert.²⁰ Ook in artikel 7:411 lid 2 BW ligt geen opzegtermijn besloten. Het gaat daar om de verschuldigdheid van het loon bij het einde van de overeenkomst voor niet-verrichte werkzaamheden (zie paragraaf 4.2.3.1), terwijl tijdens de opzegtermijn de overeenkomst – en daarmee ook de wederzijdse rechten en plichten – in principe juist doorloopt.²¹

17 Bouma & Frouws 2011, p. 48.

18 Bouma & Frouws 2011, p. 48.

19 Strijbos 1985, p. 12, 110 e.v. en 139; De Vries 1990, p. 337; Barendrecht & Van Peurse 1997, p. 153 e.v.; Van de Pavard 1999, p. 98 e.v.; Haak & Zwitser 2003, p. 148; Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/4.26.

20 Vgl. De Vries 2015, p. 224; *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/165*. Overigens ben ik van mening dat de geciteerde woorden geen opzegtermijn impliceren, maar zo'n termijn ook niet per se uitsluiten (zie de alinea hierna en par. 4.3.2).

21 Wat nog wel en wat niet meer van een bepaalde partij kan worden verlangd gedurende deze termijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval (HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2657 (*Elinga/British Wool*); HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1443 (*Renault/Udo*)).

De opdrachtnemer heeft op basis van afdeling 7.7.1 BW dus geen bescherming in de vorm van een opzegtermijn als de opdrachtgever de overeenkomst opzegt. Dit betekent dat het aanpassen aan de nieuwe situatie en de eventueel daarmee samenhangende aanpassings- of afwikkelingsschade, in beginsel voor rekening van de opdrachtnemer komen. De parlementaire geschiedenis sluit een opzegtermijn echter niet uit, aangezien daarin de opmerking is te vinden dat niet in het algemeen is te zeggen of een opzegtermijn geldt, maar dat dat afhangt van onder andere het karakter van de opdracht en de vraag in welk stadium de opdracht zich bevindt.²² Hieruit kan worden opgemaakt dat afdeling 7.7.1 BW ruimte laat voor aanvulling van een opzegtermijn op grond van de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid (zie paragraaf 4.3.2.1).²³ Ook kan een opzegtermijn contractueel worden overeengekomen.²⁴

4.2.3 De opzevergoeding: loon en schadevergoeding na opzegging

Dat de opdrachtgever wettelijk gezien een ruime opzegbevoegdheid heeft en geen opzegtermijn in acht hoeft te nemen, zegt nog niets over de financiële gevolgen van de opzegging. Zo kan de opgezegde opdrachtnemer onder omstandigheden aanspraak maken op het in redelijkheid vast te stellen deel van het loon of het volle loon (paragraaf 4.2.3.1), dan wel op een schadevergoeding als gevolg van de opzegging (paragraaf 4.2.3.2).²⁵

4.2.3.1 Het recht op loon na de opzegging

Afdeling 7.7.1 BW bevat een bepaling waaruit blijkt dat de opdrachtnemer bij een opzegging door de opdrachtgever recht kan hebben op een naar redelijkheid vast te stellen deel van

²² *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14, 1991, p. 364.*

²³ De HR lijkt dit inmiddels te hebben bevestigd (HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198). Hoewel het in dit arrest ging om een particuliere opdrachtgever, kunnen hieruit ook gevolgen voor de niet-particuliere opdrachtgever worden afgeleid: als de particuliere opdrachtgever aan een opzegtermijn kan worden gehouden, dan zal dat in het bijzonder gelden voor de niet-particuliere opdrachtgever.

²⁴ Of het bedingen van een contractuele opzegtermijn voor de opdrachtgever een reële mogelijkheid is voor de opdrachtnemer, is lastig te zeggen. Zo'n termijn is een minder vergaande beperking dan de inperking van de opzegbevoegdheid (zie par. 4.2.1), waardoor het wellicht eerder voor de hand ligt dat de opdrachtnemer aan de onderkant zo'n termijn met de opdrachtgever overeenkomt. Toch ga ik ervan uit dat de opdrachtnemer aan de onderkant zich gewoonlijk niet in de positie bevindt zo'n termijn contractueel af te dwingen, maar dat, als zo'n bepaling in de overeenkomst staat, opdrachtgevers dit uit goed fatsoen hebben opgenomen.

²⁵ Overigens brengt een redelijke uitleg van art. 7:406 lid 1 BW mee dat de gemaakte onkosten van zowel de reeds uitgevoerde als de toekomstige werkzaamheden dienen te worden vergoed. Dat leidt ertoe dat de opdrachtnemer ook bij het einde van de overeenkomst recht heeft op een vergoeding van de redelijk verantwoorde en aan de uitvoering van de opdracht verbonden onkosten, tenzij deze kosten in het loon zijn verdisconteerd (art. 7:406 lid 1 BW). Dit is o.a. af te leiden uit de woorden 'onverminderd artikel 406' (art. 7:408 lid 3 BW), waarmee een koppeling wordt gemaakt tussen de opzegging en art. 7:406 BW.

het loon (artikel 7:411 lid 1 BW) of het volle loon (artikel 7:411 lid 2 BW).²⁶ Op deze bepaling en het regelende karakter daarvan ga ik hierna in.

Het in redelijkheid vast te stellen deel van het loon

De opdrachtnemer komt in aanmerking voor een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon indien de overeenkomst (i) eindigt voordat de opdracht is volbracht, terwijl de verschuldigdheid van het loon afhankelijk is van de volbrenging óf (ii) eindigt voordat de tijd waarvoor zij is verleend, is verstreken, terwijl de verschuldigdheid van het loon afhankelijk is van het verstrijken van de tijd (artikel 7:411 lid 1 BW). Bij de vaststelling van dit loon moet de rechter per geval beoordelen wat als redelijk wordt aangemerkt. In deze norm ligt opgesloten dat de rechter de ruimte heeft rekening te houden met de diversiteit die schuilgaat achter de overeenkomst van opdracht. Op die manier kan hij de verschillende betrokken belangen in ogenschouw nemen. Daarbij zal de rechter inzicht moeten krijgen in de reeds door de opdrachtnemer verrichte werkzaamheden, het voordeel dat de opdrachtgever daarvan heeft en de reden waarom de overeenkomst is geëindigd (artikel 7:411 lid 1 BW).²⁷ Als uitgangspunt zou ik willen hanteren dat de al verrichte werkzaamheden volledig dienen te worden vergoed, omdat de werkzaamheden nu eenmaal zijn verricht en de opdrachtgever daar in principe profijt van heeft (gehad).²⁸ Een mogelijke uitzondering hierop is de situatie waarin de opdrachtgever door de opzegging geen of minder voordeel geniet van de al verrichte werkzaamheden dan het geval zou zijn als de opdracht in zijn geheel was uitgevoerd. Er ontstaat dan spanning tussen het perspectief van de opdrachtnemer (het terugverdienen van de gemaakte kosten, een winstopslag voor de geïnvesteerde tijd en wellicht een vergoeding voor gedeerde winst) en het perspectief van de opdrachtgever (de feitelijke waarde van de al verrichte werkzaamheden). In zo'n situatie staat of valt veel met de reden van de opzegging. Als de opzegging aan de opdrachtnemer is toe te rekenen, zou hij naar mijn mening niet in aanmerking moeten komen voor de volledige vergoeding van de al verrichte werkzaamheden.²⁹

26 Dit speelt niet, althans niet op deze wijze, in de situatie dat de opzegging van de opdrachtgever rehtens ongeldig is en de opdrachtnemer kiest voor nakoming van de overeenkomst (art. 3:296 BW). De opdrachtnemer heeft in een dergelijk geval immers als uitgangspunt de keuze tussen nakoming (art. 3:296 BW) of schadevergoeding (art. 6:74 BW), hoewel hij bij deze keuze wel is gebonden aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid (HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311 (*Multi Vastgoed/Nethou*)) en rekening moet houden met de belangen van de opdrachtgever (HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024 (*Vodafone/ETC*)).

27 Deze opsomming is niet limitatief van aard. Andere omstandigheden waarnaar de rechter zoal kan kijken, zijn de door de opzegging bespaarde kosten van beide partijen (zoals loon- en materiaalkosten), tot welke fase het verrichte werk behoort en tot welk deel het verrichte werk uitmaakt van het geheel van de overeengekomen werkzaamheden. Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4545; rb. Overijssel 29 april 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1727.

28 Hiermee zeg ik in wezen dat tijdens de looptijd van de overeenkomst er een groeiend voorde- ringsrecht kan zijn (vgl. Schoordijk, *NJB* 1973/24A; Asser/Kortmann, *De Leede & Thunnissen 5-III* 1994/120).

29 Zie over de relevantie van de omstandigheid aan wie de opzegging kan worden toegerekend voor de vaststelling van het (in redelijkheid vast te stellen deel van het) loon o.a. Van der Grinten 1993/54; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/185. Overigens zijn er meerdere omstandigheden denkbaar die mee kunnen brengen dat de opdrachtnemer geen recht heeft op de volledige vergoeding van de verrichte werkzaamheden (zie daarover Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/185).

De regeling van artikel 7:411 lid 1 BW biedt een zekere bescherming. Zonder deze bepaling zou immers kunnen worden gesteld dat de opdrachtnemer van wie het loon is gerelateerd aan de volbrenging van de opdracht of aan de gehele overeengekomen periode van de opdracht, geen enkele loonaanspraak heeft als de overeenkomst (voortijdig) wordt opgezegd, omdat de opdracht niet is volbracht of de tijd waarvoor zij is verleend, niet is verstreken.³⁰ De opdrachtnemer die per tijdseenheid of per werkzaamheid wordt vergoed, valt volgens de strikte letter van de wet buiten de werkingssfeer van artikel 7:411 lid 1 BW,³¹ tenzij de overeenkomst wordt opgezegd binnen een tijdseenheid die cruciaal is voor de loonaanspraak van deze opdrachtnemer.³² In navolging van een deel van de rechtsliteratuur moet artikel 7:411 lid 1 BW volgens mij ruimer worden geïnterpreteerd dan de wettekst doet vermoeden;³³ ik lees het bewuste artikellid zo dat het niet zozeer gaat om de manier waarop het loon moet worden berekend of betaald, maar veeleer om de vraag of partijen meerdere opdrachten (lees: werkzaamheden) zijn overeengekomen, dan wel steeds een nieuwe opdracht afspreken. De overeenstemming tot meerdere opdrachten leidt in het geval van opzegging tot de toepasselijkheid van artikel 7:411 lid 1 BW. Dit komt niet alleen voort uit een redelijke uitleg van de gemaakte afspraak, maar past ook bij de intentie van de wetgever om de bepalingen van afdeling 7.7.1 BW op soepele wijze te hanteren, zodat zij een redelijk houvast voor normale gevallen kunnen bieden.³⁴ In de situatie dat partijen steeds een nieuwe opdracht afspreken, mist artikel 7:411 lid 1 BW toepassing.

Voorgaande lezing van artikel 7:411 lid 1 BW komt erop neer dat voor de werkingssfeer van deze bepaling moet worden gekeken naar wat partijen qua aantal opdrachten zijn overeengekomen en de vrijblijvendheid daarvan.³⁵ Hoewel (de formulering van) artikel 7:411 lid 1 BW zeker niet de schoonheidsprijs verdient,³⁶ maakt dit artikellid in mijn ogen dus geen onderscheid tussen de opdrachtnemer van wie het loon is gerelateerd aan de volbrenging van de opdracht of aan de gehele overeengekomen periode van de opdracht en de opdrachtnemer die per tijdseenheid of per werkzaamheid wordt vergoed. Daarom vind ik ook niet dat een billijke regeling voor de opdrachtnemer met een duurovereenkomst ontbreekt.³⁷

30 Zie in soortgelijke zin Pennings 2019, p. 231.

31 De reden hiervan is dat bij dergelijke duurovereenkomsten het recht op loon geleidelijk ontstaat en periodiek wordt voldaan. Als de duurovereenkomst met de opdrachtnemer wordt opgezegd en hij nog niet betaald heeft gekregen voor alle reeds verrichte werkzaamheden, blijft deze loonaanspraak uiteraard bestaan, nu de al ontstane loonverbintenissen niet vervallen door de opzegging.

32 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, 3, p. 7.

33 Pitlo/Croese e.a. 1995, p. 241; *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2022/184; concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2022:678 voor HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198. Zie anders *Asser/Kortmann, De Leede & Thunnissen 5-III* 1994/120; Haak & Zwitser 2003, p. 140; Lamers 2012, p. 102-103; Houweling 2021, p. 830.

34 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, 3, p. 3.

35 Het komt dus in feite aan op de uitleg van de overeenkomst, wat geschiedt aan de hand van de Haviltex-maatstaf (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes c.s./Haviltex*)).

36 Van Wechem en Rinkes noemen art. 7:411 lid 1 BW zelfs 'een draak van een bepaling' (Van Wechem & Rinkes, *NJB* 2018/739).

37 Zie anders *Asser/Kortmann, De Leede & Thunnissen 5-III* 1994/120, die een beperktere lezing van art. 7:411 BW aanhouden.

Het volle loon

De opdrachtnemer kan recht hebben op het volle loon, maar wel slechts indien (i) het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen én (ii) de betaling van het volle loon, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk is (artikel 7:411 lid 2 BW).³⁸ Aan de eerste voorwaarde (toerekeningseis) is meestal voldaan indien de opdrachtgever de opzeggende partij is.³⁹ Het feit dat hij de bevoegdheid had de overeenkomst op te zeggen en daarvan gebruik heeft gemaakt, maakt dat niet anders.⁴⁰ Aan de twee voorwaarde (redelijkheidseis) wordt minder snel voldaan. In de wetsgeschiedenis is het voorbeeld gegeven van de opdrachtnemer die vanwege deze opdracht andere opdrachten heeft geweigerd.⁴¹ Dit heeft tot gevolg dat de opdrachtnemer die economisch afhankelijk is van één opdrachtgever, eerder voor het volle loon in aanmerking lijkt te komen dan de opdrachtnemer die dat niet is. De kans is immers groter dat deze opdrachtnemer zijn bedrijfsvoering heeft afgestemd op de opdracht waar hij economisch afhankelijk van is en daardoor andere opdrachten minder snel kan aannemen. Toch zal de opdrachtnemer aan de onderkant veelal geen recht hebben op het volle loon, ook niet als hij economisch afhankelijk is van één opdrachtgever. De werkzaamheden van deze opdrachtnemer kenmerken zich namelijk veelal door een bepaalde laagdrempeligheid en kunnen daarom door potentieel veel opdrachtnemers worden gedaan (zie paragraaf 1.1 en 2.1). Het ligt om die reden niet voor de hand dat de opdrachtnemer aan de onderkant is benaderd om andere opdrachten uit te voeren, wat toch echt eerst nodig is voordat hij die opdrachten kan weigeren. Andere situaties waarin het redelijk is dat de opdrachtnemer, gelet op alle omstandigheden van het geval, aanspraak kan maken op het volle loon, heb ik niet kunnen ontdekken. Uit de feitenrechtspraak die wel voorhanden is,⁴² leid ik – met enige voorzichtigheid⁴³ – af dat de opdrachtnemer aan de onderkant slechts bij uitzondering aanspraak kan maken op het volle loon (artikel 7:411 lid 2 BW) en in beginsel genoegen moet nemen met het in redelijkheid vast te stellen deel van het loon (artikel 7:411 lid 1 BW).

38 De besparingen die voor de opdrachtnemer uit de opzegging voortvloeien, worden op het bedrag van het loon in mindering gebracht (art. 7:411 lid 2 BW).

39 Vgl. concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2022:678 voor HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198.

40 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 378; HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4481 (*Van Vulpen/Debetz*); concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2022:678 voor HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198. Het standpunt dat voor toerekening in de zin van art. 7:411 lid 2 BW slechts plaats is als de opdrachtgever wanprestatie pleegt tegenover de opdrachtnemer, is dus onjuist (vgl. Ter Heide, Makkink & Schreuder, *NTBR* 2006/52).

41 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, 3, p. 7 en 8. Ook dit voorbeeld uit de MvT is een aanwijzing dat de reikwijdte van art. 7:411 BW soepel moet worden gehanteerd, aangezien deze situatie zich ook kan voordoen t.a.v. bijv. de opdrachtnemer die zijn werkzaamheden krijgt vergoed per tijdseenheid of per werkzaamheid.

42 Zie bijv. rb. 's-Gravenhage 29 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG9062; hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1070; hof 's-Hertogenbosch 16 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1455; rb. Overijssel 29 april 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1727; rb. Rotterdam 29 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7025. Zie ook Hijma, *NJ* 2008/41; Lamers 2012, p. 100-101.

43 Die voorzichtigheid komt voort uit het feit dat het louter gaat om enkele gepubliceerde uitspraken, waardoor niet vaststaat dat het beeld ook representatief is. Bovendien is de toekenning van het volle loon afhankelijk van de omstandigheden van het geval, wat meebrengt dat de wijze waarop partijen een procedure voeren en wat zij daarin naar voren brengen, van invloed is op de uitkomst daarvan (art. 24 Rv).

De werkingssfeer van artikel 7:411 lid 2 BW is dezelfde als die van artikel 7:411 lid 1 BW. Net als een deel van de rechtsliteratuur ga ik daarbij uit van een ruime interpretatie (zie onder het kopje ‘Het in redelijkheid vast te stellen deel van het loon’). Dat brengt mee dat ook de opdrachtnemer die een duurovereenkomst heeft en het loon bijvoorbeeld maandelijks ontvangt, in aanmerking kan komen voor het volle loon, mits hij voldoet aan de twee cumulatieve vereisten ex artikel 7:411 lid 2 BW.⁴⁴ Valk merkt in dit kader op dat de aanspraak op het volle loon in die situatie de gedaante van het volle loon over een in redelijkheid te betalen periode heeft.⁴⁵ In mijn ogen is dan geen sprake van het volle loon (artikel 7:411 lid 2 BW), maar van het in redelijkheid vast te stellen deel van het loon (artikel 7:411 lid 1 BW), omdat het dan gaat om een beperkte periode en niet de volledige periode.⁴⁶ Ik denk eerder aan het geval waarin partijen al meerdere afspraken hebben gemaakt over wanneer de opdrachtnemer werkzaamheden komt verrichten en de opdrachtnemer aanspraak maakt op het volle loon ten aanzien van alle reeds gemaakte afspraken.

Regelend recht

Met de bepaling van artikel 7:411 BW biedt afdeling 7.7.1 BW de opdrachtnemer een zekere inkomensbescherming in de situatie waarin de opdrachtgever de overeenkomst opzegt. Vanwege het regelende karakter van artikel 7:411 BW kunnen partijen een andersluidende afspraak over de verschuldigdheid van loon bij opzegging overeenkomen. Een afwijking van artikel 7:411 BW ten nadele van de opdrachtnemer zou voor hem problematisch kunnen uitvallen,⁴⁷ aangezien dat ertoe zou kunnen leiden dat hij bij een voortijdige opzegging geen recht heeft op loon, ondanks het feit dat hij mogelijk al (een (groot) deel van de) werkzaamheden heeft verricht. Zo'n afspraak kan stuiten op de onredelijke bezwarendheid daarvan (artikel 6:233 sub a BW)⁴⁸ of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW), maar deze beide toetsen bevatten een zeer strenge norm.⁴⁹ Om die reden – en gelet op het feit dat de opdrachtnemer in zijn bestaansrecht kan worden aangetast indien hij wel werkzaamheden heeft verricht, maar het recht op loon ontbreekt vanwege de (voortijdige) opzegging – ligt het voor de hand in de wet op te nemen dat het loon bij opzegging (artikel 7:411 BW) niet langer kan worden weggecontracteerd ten aanzien van in ieder geval de opdrachtnemer aan de

44 In de rechtsliteratuur is wel kritiek geuit op deze cumulatieve vereisten, bijv. door Van der Grinten, die stelt dat deze dubbele toets meebrengt dat, ook als het betalen van het volle loon redelijk is, de opdrachtnemer soms toch niet in aanmerking komt voor het volle loon, omdat de opzegging niet aan de opdrachtgever is toe te rekenen (Van der Grinten 1993/54). Nu ik in dit onderzoek uitsluitend de opzegging van de opdrachtgever behandel en deze doorgaans aan de opdrachtgever kan worden toegerekend, laat ik dit aspect verder onbesproken.

45 Concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2022:678 voor HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198.

46 Zie ook rb. Rotterdam 4 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1537, in het bijzonder de volgende overwegingen: “Kortom, omdat de lengte van de overeenkomst, de daarbij door [eiseres] gemaakte kosten en het verdiende loon nog allerminst vast staan, acht de kantonrechter het niet redelijk dat [gedaagde] het (geschatte) volle loon dient te betalen. De primaire en subsidiaire vordering worden dus afgewezen. Daarom moet op grond van art. 7:411 lid 1 BW een redelijk loon te worden betaald.”

47 Boot, *ArbeidsRecht* 2012/42.

48 In dat geval moet wel sprake zijn van een algemene voorwaarde (art. 6:231 sub a BW).

49 De toetsingsmaatstaven ‘onredelijk bezwarend’ (art. 6:233 sub a BW) en ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ (art. 6:248 lid 2 BW) zijn materieel dezelfde (zie par. 3.4.1).

opdrachtnemer.⁵⁰ Op die manier is deze opdrachtnemer verzekerd van de broodnodige geboden bescherming van artikel 7:411 BW.

4.2.3.2 Schadevergoeding als gevolg van de opzegging

Of de opdrachtnemer in aanmerking komt voor een schadevergoeding vanwege de opzegging, laat afdeling 7.7.1 BW over aan de afspraken die partijen daarover maken of – bij gebreke daarvan – de algemene bepalingen van Boek 6 BW. Bij een rechtens ongeldige opzegging pleegt de opdrachtgever wanprestatie en komt de opdrachtnemer op deze grond in aanmerking voor schadevergoeding (artikel 6:74 BW).⁵¹ Dat is bijvoorbeeld het geval als de opdrachtgever opzegt zonder opzegbevoegdheid (of als de opdrachtgever een voor hem geldende opzegtermijn niet in acht neemt (zie daarover paragraaf 4.3.2.3)). Deze situatie ligt ten aanzien van de opdrachtnemer aan de onderkant niet voor de hand, gezien de ruime opzegbevoegdheid van de opdrachtgever (artikel 7:408 lid 1 BW) en de geringe kans dat partijen deze bevoegdheid contractueel hebben ingeperkt ten voordele van deze opdrachtnemer (zie paragraaf 4.2.1).⁵² In veruit de meeste gevallen kan de opdrachtgever de overeenkomst met deze opdrachtnemer rechtsgeldig opzeggen en zal zodoende een rechtsgrond voor schadevergoeding vanwege de opzegging ontbreken.⁵³ Dit past bij de aard van de overeenkomst van opdracht en de daarmee corresponderende ruime opzegbevoegdheid van de opdrachtgever; deze bevoegdheid zou immers gemakkelijk vrijdeld kunnen worden als aan iedere opzegging een schadevergoedingsverplichting zou zijn verbonden. Het wettelijke uitgangspunt van afdeling 7.7.1 BW is aldus dat de opdrachtnemer bij een opzegging geen bescherming geniet in de vorm van een schadevergoeding. Toch sluit deze afdeling de mogelijkheid tot het recht op schadevergoeding als gevolg van de opzegging niet uit. Ten aanzien van de particuliere opdrachtgever is immers bepaald dat hij nimmer is gehouden tot het betalen van een schadevergoeding ter zake van een opzegging (artikel 7:408 lid 3 BW). *A contrario* leid ik hieruit af dat de niet-particuliere opdrachtgever deze verplichting wel kan hebben.⁵⁴ Zo kan uit de redelijkheid en billijkheid volgen dat de opzegging van de duurovereenkomst van opdracht gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding, bijvoorbeeld als de opdrachtnemer kort voor de opzegging investeringen heeft gedaan die hij redelijkerwijs dacht te zullen terugverdienen (zie paragraaf 4.3.3.1). Daarnaast kunnen partijen contractueel overeenkomen dat de opdrachtgever schadeplichtig is indien hij de overeenkomst met de opdrachtnemer opzegt.⁵⁵

50 Ook Pennings wijst hierop, die het dwingendrechtelijke karakter wil laten gelden omtrent de opdrachtnemer die bedrijfs- of beroepsmatig handelt en geen personeel in dienst heeft (Pennings 2019, p. 231).

51 Overigens kan de opdrachtnemer in dat geval in beginsel ook kiezen voor nakoming van de overeenkomst (art. 3:296 BW).

52 Zie voor een uitgebreidere bespreking van het recht op schadevergoeding na een rechtens ongeldige opzegging van de overeenkomst van opdracht *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/180*.

53 *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/179*; concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2022:678 voor HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198.

54 Zie in vergelijkbare zin *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/180*.

55 Partijen kunnen bijv. afspreken dat de opdrachtgever die opzegt zonder gewichtige reden, een schadevergoeding aan de opdrachtnemer is verschuldigd. Daarbij kan de hoogte van de vergoeding bepaald of onbepaald zijn. Zo'n contractuele afspraak ligt niet voor de hand t.a.v. de opdrachtnemer aan de onderkant (zie par. 4.2.1 en de laatste voetnoot van par. 4.2.2).

4.3 De invloed van de algemeen verbintenisrechtelijke opzegregels

Het algemene deel van het verbintennisrecht (Boek 6 BW) kent, in tegenstelling tot de afdeling inzake de opdracht (zie paragraaf 4.2), geen wettelijke opzegregeling.⁵⁶ Voor de algemeen verbintenisrechtelijke opzegregels moet de jurisprudentie erop worden nageslagen, waarin normen zijn ontwikkeld ten aanzien van (de inperking van) de opzegbevoegdheid, (het in acht moeten nemen van) een opzegtermijn en (het moeten betalen van) een opzegvergoeding. Deze normen, die de opdrachtnemer onder omstandigheden bescherming kunnen bieden, zijn gebaseerd op de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) en kunnen op twee manieren van rechtswege doorwerken op de opzegging door de opdrachtgever.⁵⁷

Ten eerste kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat, gelet op de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, nadere eisen aan de opzegging worden gesteld. Dat geldt ook als de wet of overeenkomst voorziet in een opzegregeling, mits de wettelijke of contractuele opzegregeling daarvoor ruimte laat (artikel 6:248 lid 1 BW) én de rechtsverhouding aanvulling behoeft.⁵⁸ Het gaat dan om de aanvulling van een leemte. De wettelijke opzegbevoegdheid van de opdrachtgever (artikel 7:408 lid 1 BW) laat in mijn ogen ruimte voor aanvulling op grond van artikel 6:248 lid 1 BW. Afdeling 7.7.1 BW kent immers een uitschakelbepaling (artikel 7:400 lid 2 BW), die er in de kern op neerkomt dat de regels uit afdeling 7.7.1 BW niet gelden als iets anders voortvloeit uit de wet, de inhoud of aard van de overeenkomst van opdracht, een andere rechtshandeling, of de gewoonte.⁵⁹ Weliswaar wordt de redelijkheid en billijkheid niet expliciet genoemd in de uitschakelbepaling, maar uit de toelichting in de parlementaire geschiedenis blijkt dat ook de redelijkheid en billijkheid boven de aanvullende regels van afdeling 7.7.1 BW wordt gesteld.⁶⁰ Dit geldt eveneens voor de opzegtermijn en de opzegvergoeding, die niet in afdeling 7.7.1 BW zijn gereguleerd, maar zeker ook niet zijn uitgesloten. In de parlementaire geschiedenis wordt namelijk rekening gehouden met het

56 Een verklaring hiervoor kan mogelijk worden gevonden in het wettelijk stelsel van Boek 3 en 6 BW, waarin wordt uitgegaan van eenmaligheid (voorbijgaande overeenkomsten) en niet van duurovereenkomsten (Hammerstein & Vranken 2003, p. 21).

57 Deze twee manieren van doorwerking hangen niet alleen samen met het feit dat ik de functie en rol van de redelijkheid en billijkheid als meer dan alleen een (algemene) gedragsnorm zie (vgl. Snijders, *WPNR* 2007/6693; Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5) 2017/1.3*), maar ook – of misschien zelfs wel juist – met de juridische realiteit; ik bespreek namelijk vooral het jurisprudentiële kader.

58 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*).

59 Hiermee wijkt art. 7:400 lid 2 BW af van art. 6:248 lid 1 BW, waaruit juist blijkt dat tussen de verschillende rechtsbronnen geen hiërarchische verhouding bestaat. Dat leidt ertoe dat de bepalingen uit afd. 7.7.1 BW een bijzonder (zwakke) vorm van regelend recht zijn (*Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 311).

60 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 336; Pitlo-Croes e.a. 1995, p. 225. Ook Tjong Tjin Tai lijkt deze ruimte te zien, aangezien hij de uitschakelbepaling alleen zinvol acht voor kleine correcties in de algemene regeling van afd. 7.7.1 BW die niet op andere wijze kunnen worden bereikt, waarbij hij als voorbeeld de beëindigingsregeling (art. 7:408-411 BW) noemt (*Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/48*).

bestaan van beide componenten (zie paragraaf 4.2.2 en 4.2.3.2).⁶¹ De lacunes op het gebied van de opzegbevoegdheid, opzegtermijn en opzegvergoeding kunnen worden aangevuld als de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer dat behoeft.⁶² Anders gezegd: aan de opzeggingsregels die gelden voor de opzeggende opdrachtgever, kunnen onder omstandigheden nadere eisen worden gesteld. Die nadere eisen kunnen voor de opdrachtnemer mogelijk een beschermende werking hebben. Of een contractuele opzegregeling op zichzelf helder en volledig is óf ruimte voor aanvulling laat, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst in het licht van de omstandigheden van het geval.⁶³ Hierbij geldt in zijn algemeenheid dat een gedetailleerde contractuele opzegregeling zich minder snel leent voor aanvulling, omdat een dergelijke regeling doorgaans geen leemte kent om te worden aangevuld.⁶⁴

Ten tweede kan een uit de wet of overeenkomst voortvloeiende opzegbepaling (geheel of gedeeltelijk) terzijde worden geschoven als de toepassing daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:248 lid 2 BW). Wanneer sprake is van een algemene voorwaarde, kan deze worden vernietigd indien het beding wordt aangemerkt als onredelijk bezwarend (artikel 6:233 sub a BW). Als een opzegregel wordt vernietigd of terzijde wordt geschoven, kan een leemte ontstaan. Die leemte kan dan vervolgens worden aangevuld met een algemeen verbintenisrechtelijke opzegregel (artikel 6:248 lid 1 BW), voor zover de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer aanvulling behoeft. Naar de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) lijkt in dit verband pas te hoeven worden gekeken als partijen een contractuele opzegregeling zijn overeengekomen die ten aanzien van de opzegging door de opdrachtgever geen hiaten bevat. De opzegregels van afdeling 7.7.1 BW laten naar mijn overtuiging immers ruimte om direct aan te vullen op grond van artikel 6:248 lid 1 BW.⁶⁵

In het vervolg van deze paragraaf bespreek ik wanneer welke algemeen verbintenisrechtelijke opzegnormen van invloed zijn op de opzegging door de opdrachtgever.⁶⁶ Daarbij ga ik ook in op de wijze waarop deze normen de opdrachtnemer kunnen beschermen. De volgorde van onderwerpen is dezelfde als in paragraaf 4.2 en heeft samengevat de volgende bevindingen opgeleverd: de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever wordt zelden beperkt (paragraaf 4.3.1), de opgezegde opdrachtnemer geniet bij de duurovereenkomst

61 Dat afd. 7.7.1 BW ruimte laat voor aanvulling t.a.v. de opzegging, ligt ook voor de hand als wordt ingezoomd op de positie van de opdrachtnemer aan de onderkant: deze opdrachtnemer kan uit het niets zijn enige of hoofdzakelijke inkomstenbron kwijtraken, terwijl in afd. 7.7.1 iedere vorm van compensatie BW ontbreekt. Voor zo'n systeem valt weinig te zeggen, mede gezien de wijze waarop o.a. de arbeidsovereenkomst, agentuurovereenkomst en huurovereenkomst hiermee omgaan (zie par. 4.4).

62 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*).

63 HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749 (*Koersplan*).

64 Tjong Tjin Tai, NJ 2016/450; Verburg, *JOR* 2018/140; De Vaan, *JIN* 2018/57.

65 Volledigheidshalve merk ik op dat de opdrachtnemer zich ook kan beroepen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) als er wel ruimte voor aanvulling (art. 6:248 lid 1 BW) wordt gelaten. Een dergelijk beroep ligt echter niet voor de hand, omdat de maatstaf van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een veel strengere norm is.

66 Een deel van deze bevindingen heb ik eerder gepubliceerd (zie Van der Neut, *TvO* 2023/3.2).

in principe de bescherming van een opzegtermijn (paragraaf 4.3.2) en de opdrachtnemer heeft sporadisch recht op een (aanvullende) (schade)vergoeding vanwege de opzegging door de opdrachtgever (paragraaf 4.3.3).

4.3.1 De opzegbevoegdheid van de opdrachtgever

In de rechtspraak zijn verschillende regels ontwikkeld over de opzegbevoegdheid van met name de onbepaalde duurovereenkomst. Deze regels komen voort uit het algemene verbintenissenrecht, kunnen van invloed zijn op de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever en variëren per situatie, waardoor het van belang is onderscheid te maken tussen de duurovereenkomst van opdracht voor onbepaalde tijd zonder contractuele opzegregeling (paragraaf 4.3.1.1), de duurovereenkomst van opdracht voor bepaalde tijd zonder contractuele opzegregeling (paragraaf 4.3.1.2) en de duurovereenkomst van opdracht met een contractuele opzegbepaling over de opzegbevoegdheid (paragraaf 4.3.1.3).

4.3.1.1 De duurovereenkomst van opdracht voor onbepaalde tijd zonder contractuele opzegregeling

Het uitgangspunt bij de overeenkomst van opdracht is dat de opdrachtgever deze kan opzeggen (artikel 7:408 lid 1 BW). Ook de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd zonder wettelijke of contractuele opzegregeling is in beginsel opzegbaar.⁶⁷ Dit neemt niet weg dat aan deze opzegging nadere voorwaarden kunnen worden verbonden. De eisen van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) kunnen namelijk meebrengen dat (i) opzegging slechts mogelijk is indien daarvoor een voldoende zwaarwegende grond bestaat, (ii) een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of⁶⁸ (iii) de opzegging gepaard moet gaan met (het aanbod tot de betaling van) een (aanvullende) (schade)vergoeding.⁶⁹ Ook aan de opzegging door de opdrachtgever kunnen onder omstandigheden deze regels worden verbonden (zie paragraaf 4.3). Hierna ligt het accent op de voldoende zwaarwegende grond voor opzegging, wat impliceert dat er een grond moet bestaan die de opzegging kan dragen.⁷⁰ Voorbeelden van zo'n grond kunnen zijn de verandering van de bedrijfsvoering naar aanleiding van een sterk veranderende markt, een ernstige vertrouwensbreuk of een handelsverbod dat ertoe leidt dat de uitvoering van de overeenkomst niet meer mogelijk is.

67 Dit is in ieder geval duidelijk sinds HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*).

68 Hoewel de HR het woord 'of' hanteert, ben ik van mening dat de verschillende opzegmodaliteiten elkaar niet uitsluiten en het dus ook 'en en' kan zijn (zie uitgebreider par. 4.3.3).

69 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*); HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverlaap*); HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660 (*Stichting Gooisch Natuurreserveaat*); HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Pensioenfonds/Alcatel-Lucent*); HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270 (*Nanada/Golden Earring*); HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*); HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:445 (*Voorst/Vitens*); HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:446 (*Voorst/Liander*).

70 Van Slooten 2018, p. 47.

Of de opdrachtgever een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging moet hebben en, zo ja, of daarvan sprake is,⁷¹ bepaalt de rechter aan de hand van de redelijkheid en billijkheid, in samenhang met zowel de aard en inhoud van de overeenkomst als de omstandigheden van het geval.⁷² Hierbij kunnen zowel de omstandigheden aan de zijde van de opdrachtgever als die van de opdrachtnemer een rol spelen; er vindt als het ware een belangenafweging plaats.⁷³ In de zoektocht naar aanknopingspunten ten aanzien van welke omstandigheden bij deze belangenafweging kunnen worden betrokken en hoe daaraan invulling wordt gegeven, heb ik twintig gepubliceerde uitspraken bestudeerd (zie bijlage 3 'Feitenrechtspraakonderzoek voldoende zwaarwegende grond voor opzegging').⁷⁴ De verzamelde feitenrechtspraak heeft betrekking op de periode tussen 28 oktober 2011 (datum van het *Gemeente De Ronde Venen/Stedin*-arrest) en 1 januari 2023. Vanwege de gekozen invalshoek van dit onderzoek zijn alleen de uitspraken bestudeerd die zien op de overeenkomst van opdracht die is aangegaan tussen twee niet-particuliere partijen, waarbij de opdrachtnemer tegen loon zijn diensten aanbiedt en de opdrachtgever de overeenkomst opzegt zonder dat contractueel is afgeweken van zijn wettelijke opzegbevoegdheid. Tijdens het analyseren van de rechtspraak heb ik in het bijzonder gelet op de volgende aspecten: (A) het bestaan van de eis van een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging, (B) de vraag of op de aan- of afwezigheid van deze eis apart is ingegaan⁷⁵ en (C) de vraag of is gekeken naar de hoedanigheid van partijen, meer specifiek naar (C1) de hoogte van de beloning en (C2) de economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer. Uit deze analyse,

71 Als de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging is vereist, moet worden getoetst of de opzeggingsgrond van de opdrachtgever aan deze voorwaarde voldoet. Alleen in dat geval is immers sprake van een geldige (reden voor) opzegging. Bij het ontbreken van zo'n grond sorteert de opzegging in principe alleen effect indien sprake is van misbruik aan de zijde van de opdrachtnemer door de opdrachtgever aan de overeenkomst te houden. Bij een dergelijk misbruik kan worden gedacht aan derdenbelangen die zodanig van aard zijn dat de verplichting van de opdrachtgever, en daarmee dus ook het belang van de opdrachtnemer, kan worden gederogerd op grond van art. 6:248 lid 2 BW (zie bijv. HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1366 (*Negende van OMA, Körmeling/Vlaardingen*)).

72 HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1706 (*Kakkenberg/Kakkenberg*); HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*); HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*).

73 Zie bijv. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*), waarin de HR op basis van een afweging tussen enerzijds de door de gemeente aangevoerde reden voor opzegging (gewijzigde omstandigheden) en anderzijds de omstandigheden bij Stedin (aard en omvang van het verlies) overwoog dat de eisen van de redelijkheid en billijkheid niet meebrengen dat een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging is vereist.

74 De bestudeerde rechtspraak is verzameld via Legal Intelligence, Navigator, Rechtsorde en rechtspraak.nl. Hierbij heb ik (een combinatie van) de volgende zoektermen gebruikt: '7:408 ECLI:NL:HR:2011:BQ9854', '7:408 Gemeente De Ronde Venen', '7:408 HR 28 oktober 2011', '7:408 BQ9854', '7:408 duurovereenkomst', '7:408 voldoende zwaarwegende grond', '7:408 voldoende zwaarwegende reden', '7:408 gewichtige grond', '7:408 gewichtige reden', 'overeenkomst van opdracht BQ9854', 'overeenkomst van opdracht HR 28 oktober 2011' en 'overeenkomst van opdracht duurovereenkomst opzegging'.

75 Als deze eis wordt genoemd en wordt afgewezen zonder expliciete motivering of in algemene zin wordt verwezen naar de aangevoerde of hiervoor genoemde omstandigheden, dan merk ik dat aan als 'niet apart ingegaan op de eis van een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging'.

in combinatie met de ‘standaardarresten’ op dit gebied,⁷⁶ volgt een vrij duidelijk beeld dat ik hierna verder zal toelichten. Ondanks dit duidelijke beeld moet voorzichtigheid in acht worden genomen bij het trekken van algemene conclusies op basis van het door mij verrichte rechtspraakonderzoek. Deze kanttekening heb ik ook geplaatst in paragraaf 3.3.1. De daar uitgewerkte voorzichtigheid en de daarvoor genoemde redenen – kort gezegd: het betreft louter gepubliceerde rechtspraak en de uitkomst van de procedure is afhankelijk van wat partijen in een procedure aanvoeren (artikel 24 Rv) – gelden ook in dit verband.

De bestudeerde rechtspraak heeft geleid tot de volgende omstandigheden, die bij de belangenafweging of sprake moet zijn van een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging, kunnen worden betrokken: (i) de door de opdrachtnemer gedane investeringen, (ii) de mate waarin de opdrachtnemer rekening heeft kunnen houden met de nieuwe situatie, (iii) de tijd en/of kosten die verband houden met de omzetting (van de bedrijfsvoering) van de opdrachtnemer vanwege de opzegging, (iv) de mate waarin de bedrijfsvoering van de opdrachtnemer afhankelijk is van de voortzetting van de overeenkomst, (v) de mate waarin de opdrachtnemer qua omzet afhankelijk is van de opdrachtgever, (vi) het maatschappelijk belang of belang van een derde dat (indirect) wordt geraakt door de overeenkomst, (vii) de duur van de samenwerking, (viii) de door de opdrachtgever opgewekte verwachtingen, respectievelijk het gerechtvaardigd vertrouwen van de opdrachtnemer dat de overeenkomst zou voortduren, (ix) de frequentie van de samenwerking, (x) de intensiteit van de samenwerking, (xi) de exclusiviteit van de samenwerking, (xii) de waarschuwingen van de opdrachtgever voorafgaand aan de opzegging en (xiii) de reden(en) voor de opzegging.⁷⁷ Dat deze omstandigheden door rechters (kunnen) worden meegenomen in de belangenafweging, zegt op zichzelf bezien nog niets over de bruikbaarheid en het gewicht daarvan en de vraag of een bepaalde omstandigheid tot de conclusie kan leiden dat aan de opzegging de eis van een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging moet worden verbonden. Hoewel een conclusie over het voorgaande moeilijk is te trekken op basis van het door mij verrichte rechtspraakonderzoek, lijkt een aantal lijnen toch zichtbaar.

Op basis van de geanalyseerde rechtspraak constateer ik (voorzichtig) dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) zelden of nooit de

⁷⁶ Ik doel hiermee op HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*); HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverlaap*); HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660 (*Stichting Gooisch Natuurreservaat*); HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Pensioenfonds/Alcatel-Lucent*); HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270 (*Nanada/Golden Earring*); HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*); HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:445 (*Voorst/Vitens*); HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:446 (*Voorst/Liander*).

⁷⁷ Op verschillende omstandigheden is eerder in de rechtsliteratuur gewezen (De Mönnink, *NJB* 2009/1480; Visscher, *TvOB* 2011/6; Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5)* 2017/4.26; Schelhaas & Spanjaard, *NJB* 2020/881). Overigens is de omstandighedenlijst niet limitatief van aard.

eis van een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging meebrengt.⁷⁸ Dat wordt niet anders vanwege de hoedanigheid van partijen, zo blijkt uit een nadere bestudering van de feitenrechtspraak. In zeventien van de twintig uitspraken gold de eis van een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging niet⁷⁹ en in de overige drie gevallen was onduidelijk of daarvan sprake was, waarbij in alle uitspraken de conclusie luidde dat de opdrachtgever de overeenkomst kon opzeggen. Feitenrechtters bezien doorgaans vooral of een opzegtermijn of (aanvullende) (schade)vergoeding voldoende compensatie kan bieden voor het eventuele nadeel dat de opdrachtnemer van de opzegging ondervindt.⁸⁰ Hierdoor gaat het bij de opzegging van de duurovereenkomst van opdracht voor onbepaalde tijd niet zozeer om de vraag of de opdrachtgever de overeenkomst kan opzeggen, maar veel meer over de (financiële) voorwaarden waaronder hij kan opzeggen (zie paragraaf 4.3.2 en 4.3.3). Dat lijkt niet meer dan rechtvaardig, aangezien anders de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever wordt ingeperkt, terwijl ook voldoende compensatie kan worden geboden door een minder ingrijpend middel. Die opvatting past bovendien bij het algemeen verbintenisrechtelijke uitgangspunt dat de duurovereenkomst van opdracht in beginsel opzegbaar is. Pas als blijkt dat de opdrachtnemer bescherming verdient die niet via een opzegtermijn of (aanvullende) (schade)vergoeding kan worden geboden, kunnen de eisen van de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat voor de opzegging een voldoende zwaarwegende grond dient te bestaan.⁸¹ Zo'n situatie doet zich in feite alleen voor als het voortzetten van de overeenkomst wenselijk is ter bescherming van een belang van de opdrachtnemer dat niet puur financieel van aard is. Dit kan bijvoorbeeld in de overeenkomst besloten liggen. Hierbij valt te denken aan de opdrachtnemer die met het uitvoeren van de opdracht een reputatie of portfolio opbouwt, dan wel naamsbekendheid genereert.⁸² Als een deel van de vergoeding bestaat uit een immateriële vergoeding voor bijvoorbeeld de naamsbekendheid die de opdrachtnemer door de opdracht verkrijgt of de opdrachtgever meer in algemene zin weet of behoort te weten dat de opdrachtnemer (mede) vanwege

78 De opdrachtnemer die zich erop beroept dat de opdrachtgever toch een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging moet hebben en dat een dergelijke grond ontbreekt, dient gemotiveerd te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat partijen een afwijking van de hoofdregel zijn overeengekomen, dan wel dat de feiten en omstandigheden van het geval een afwijking van dit uitgangspunt rechtvaardigen (art. 6:248 lid 1 BW). Dat de stelplicht en bewijslast bij de opdrachtnemer ligt, is het gevolg van het feit dat opzegbaarheid de hoofdregel is (Valk, *NTBR* 2012/25). Toch doet de opdrachtgever er verstandig aan de redelijke gronden voor opzegging aan de opdrachtnemer mede te delen, uiteraard voor zover die er zijn (zie in algemene zin HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0808 (*Phoenix*)). In de feitenrechtspraak ben ik meerdere keren de overweging tegengekomen dat opzegging door de opdrachtgever mogelijk is, zeker als daarnaast voor die opzegging redelijke gronden worden aangevoerd, zoals een prijsstijging (zie bijv. rb. Overijssel 29 april 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1727).

79 In sommige zaken werd onvoldoende (onderbouwd) gesteld (zie bijv. rb. Noord-Holland 12 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5118; hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3525).

80 Zie bijv. rb. Noord-Holland 12 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5118.

81 Tot min of meer vergelijkbare constatering kwamen, hoewel deze betrekking hebben op m.n. de onbenoemde duurovereenkomst voor onbepaalde tijd, Tjong Tjin Tai, *NJB* 2012/685; concl. A-G Keus, ECLI:NL:PHR:2013:BZ4163 voor HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverslaap*); *Asser/Houben 7-X* 2019/126; Houben & Nijland, *MvV* 2019/9.4.

82 Zie bijv. HR 1 juli 1985, ECLI:NL:HR:1985:AB7672 (*Frenkel/KRO*); HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0808 (*Phoenix*); rb. Amsterdam 8 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX7445. Zie in soortgelijke zin *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2022/90.

dat andere belang de overeenkomst is aangegaan, dan zou dat een aanwijzing kunnen zijn dat voor de opzegging een voldoende zwaarwegende grond is vereist.

Een andere situatie waaraan kan worden gedacht, is als de bedrijfsvoering van de opdrachtnemer in bijzondere mate afhankelijk is van de voortzetting van de overeenkomst (omstandigheid iv).⁸³ Dit houdt in dat de opdrachtnemer zonder deze overeenkomst in wezen zijn activiteiten niet meer kan verrichten, bijvoorbeeld omdat de opdrachtgever de enige aanbieder is of contractdwang bestaat.⁸⁴ Zo'n geval ligt in ieder geval ten aanzien van de opdrachtnemer aan de onderkant – en misschien wel in bredere zin – niet voor de hand.⁸⁵ Daarbij moet worden uitgekeken dat deze omstandigheid niet te gemakkelijk op één lijn wordt gesteld met de economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer ten opzichte van de opdrachtgever (omstandigheid v). Economische afhankelijkheid betekent immers niet dat de bedrijfsvoering van de opdrachtnemer afhankelijk is van de voortzetting van de overeenkomst. In deze context is wel overwogen dat het feit dat de opdrachtnemer die niet zomaar elders hetzelfde zou verdienen en naast de opdrachtgever geen andere inkomstenbron heeft, niet impliceert dat hij niet op een andere wijze inkomsten zou kunnen verwerven.⁸⁶ Anders gezegd: de economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer tegenover de opdrachtgever leidt er nog niet toe dat de opdrachtnemer in zijn bedrijfsvoering (in bijzondere mate) afhankelijk is van de overeenkomst.

Verder zijn er in de rechtspraak wel 'steuonomstandigheden' te vinden, waarmee ik doel op omstandigheden die op zichzelf bezien niet kunnen leiden tot de eis van een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging, maar in combinatie met andere omstandigheden wel gewicht in de schaal kunnen leggen om uiteindelijk tot deze eis te komen. Een voorbeeld van zo'n steuonomstandigheid is de duur van de overeenkomst (omstandigheid vii). In dit verband overwoog de Hoge Raad dat het feit dat partijen 8,5 jaar samenwerkten, niet

83 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*); HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverlaap*); HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:445 (*Voorst/Vitens*); HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:446 (*Voorst/Liander*). In bijv. het *Gemeente De Ronde Venen/Stedin*-arrest overwoog de HR dat de opgezegde partij in zijn bedrijfsvoering op geen enkele wijze afhankelijk was van de voortzetting van de overeenkomst, laat staan dat dit in een bijzondere mate het geval zou zijn.

84 Met contractdwang bedoel ik de situatie waarin het aangaan van de overeenkomst niet mag worden geweigerd, in welk geval het opzeggen van die overeenkomst doorgaans ook beperkt is (zie daarover Houben 2005, p. 253 e.v.).

85 Een voorbeeld uit de jurisprudentie waarin dit werd aangenomen, is de opzegging door de gemeente van de overeenkomst met een netbeheerder, terwijl laatstgenoemde in bijzondere mate afhankelijk was van die overeenkomst i.v.m. een zo laag mogelijk drinkwatertarief resp. energietarief (HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:445 (*Voorst/Vitens*); HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:446 (*Voorst/Liander*)), waarmee ook een maatschappelijk belang was gemoeid (zie daarover Houben & Nijland, *MvV* 2019/9.4).

86 Zie bijv. hof 's-Hertogenbosch 10 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW2301. Zie ook, hoewel meer impliciet, HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverlaap*), waarin het hof Leeuwarden had aangenomen dat een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging was vereist vanwege het feit dat Beverlaap voor een belangrijk deel van zijn omzet afhankelijk was van de omzet van Aupingproducten (hof Leeuwarden 17 januari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV1085), maar de HR overwoog dat de door het hof genoemde omstandigheden niet zonder meer meebrengen dat een zodanige grond voor opzegging moet bestaan.

ineens maakte dat voor de opzegging een voldoende zwaarwegende grond was vereist.⁸⁷ Overigens ligt het weer wel voor de hand dat naarmate de overeenkomst langer bestaat, de kans groter is dat de opdrachtnemer afhankelijk(er) van de opdrachtgever is geworden, zowel qua bedrijfsvoering als in economisch opzicht.⁸⁸

Alles overziend volgt uit de bestudeerde rechtspraak dat de opdrachtnemer aan de onderkant die een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan, slechts sporadisch wordt beschermd door de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) in de vorm van de inperking van de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever. Dat is in mijn ogen niet anders als de opdrachtgever geen of slechts een zeer lichte reden voor de opzegging heeft. Ook dan moet namelijk een rechtvaardiging bestaan om de ruime opzegbevoegdheid van de opdrachtgever (artikel 7:408 lid 1 BW) aan te vullen met de eis van de voldoende zwaarwegende grond voor opzegging (artikel 6:248 lid 1 BW), aangezien alleen wordt aangevuld als de rechtsverhouding tussen partijen dat behoeft.⁸⁹ Voor de economisch onafhankelijke opdrachtnemer die een hoog tarief in rekening brengt, geldt in principe dezelfde conclusie.⁹⁰ De hoedanigheid van partijen lijkt in deze context dan ook een geringe rol te spelen.

4.3.1.2 De duurovereenkomst van opdracht voor bepaalde tijd zonder contractuele opzegregeling

Net als bij de duurovereenkomst van opdracht voor onbepaalde tijd is het uitgangspunt bij de duurovereenkomst van opdracht voor bepaalde tijd dat de opdrachtgever deze kan opzeggen (artikel 7:408 lid 1 BW) (zie paragraaf 4.2.1). Dit staat haaks op het algemeen verbintenisrechtelijke vertrekpunt, namelijk dat de onbenoemde duurovereenkomst voor bepaalde tijd in principe niet tussentijds opzegbaar is.⁹¹ Op dit algemeen verbintenisrechtelijke principe bestaan meerdere uitzonderingen. Zo kan de opzegbaarheid uit de wet of overeenkomst volgen of kunnen onvoorziene omstandigheden de mogelijkheid tot opzegging meebrengen.⁹² Nu met artikel 7:408 lid 1 BW een wettelijke uitzondering bestaat voor de

87 HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverlaap*).

88 HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270 (*Nanada/Golden Earring*).

89 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*).

90 Hiermee doel ik uitsluitend op de bescherming die kan voortvloeien uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) en niet op de eventuele contractuele bescherming op dit gebied (zie par. 4.2.1).

91 HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0483 (*Mondia/Calanda*); HR 10 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1428 (*Aerts/Kneepkens*). In het *Goglio/SMQ*-arrest (HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141) geeft de HR een overzicht van de stand van zaken m.b.t. de opzegbaarheid van duurovereenkomsten. Daarin zwijgt hij over de niet-opzegbaarheid van een overeenkomst voor bepaalde tijd, waardoor het de vraag is of de rechtsregels uit de arresten *Mondia/Calanda* en *Aerts/Kneepkens* nog van kracht zijn. Naar mijn mening is dat het geval, omdat het zwijgen van de HR kan worden verklaard doordat enerzijds in deze zaak een contractuele opzegregeling was overeengekomen (en de regels zonder wettelijke of contractuele opzegregeling dus onverlet konden worden gelaten) en anderzijds de opzegregels op het gebied van een duurovereenkomst voor bepaalde tijd zonder opzegregeling duidelijk waren. Zie in vergelijkbare zin Schelhaas & Spanjaard, *Contracteren* 2018/2.3.

92 HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0483 (*Mondia/Calanda*); HR 10 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1428 (*Aerts/Kneepkens*).

situatie waarin de opdrachtgever de duurovereenkomst van opdracht voor bepaalde tijd wil opzeggen, ga ik in deze paragraaf alleen op die uitzondering in.

De ruime opzegbevoegdheid van de opdrachtgever sluit niet zonder meer uit dat aan de opzegging door de opdrachtgever geen eisen kunnen worden gesteld. De in paragraaf 4.3.1.1 genoemde normen⁹³ zijn afkomstig uit de jurisprudentie waarin de onbenoemde duurovereenkomst voor onbepaalde tijd centraal stond en vloeien voort uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW). Onduidelijk is of vergelijkbare normen ook van toepassing kunnen zijn op de situatie waarin de opdrachtgever de duurovereenkomst van opdracht voor bepaalde tijd wil opzeggen. Naar mijn overtuiging is dat om twee redenen mogelijk.⁹⁴

Ten eerste lijkt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.6.3 van het *Goglio/SMQ*-arrest impliciet te hebben overwogen dat de opzegging van de duurovereenkomst van opdracht voor bepaalde tijd, onderworpen kan worden aan nadere eisen: "Ook als de wet of een duurovereenkomst wel voorziet in een regeling van de opzegging, kunnen, indien de wet en hetgeen tussen partijen is overeengekomen daarvoor ruimte laten, de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval op grond van art. 6:248 lid 1 BW meebrengen dat aan de opzegging nadere eisen gesteld worden."⁹⁵ Deze overweging is niet toegespitst op de duurovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd, terwijl de Hoge Raad in de rechtsoverwegingen 3.6.2 en 3.6.5 expliciet de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd noemt. Als de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.6.3 uitsluitend de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd had beoogd, lag het voor de hand dit, net als in de rechtsoverwegingen 3.6.2 en 3.6.5, expliciet op te schrijven.

Ten tweede is het vertrekpunt van de duurovereenkomst van opdracht voor bepaalde tijd hetzelfde als die van de onbenoemde duurovereenkomst voor onbepaalde tijd: opzegbaarheid is het uitgangspunt. Een benadering waarin de ruime opzegbevoegdheid van de opdrachtgever bij de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd aan nadere eisen kan worden onderworpen (zie paragraaf 4.3.1.1) en bij een duurovereenkomst voor bepaalde tijd niet, terwijl bij beide overeenkomsten opzegbaarheid vooropstaat, valt niet goed te rechtvaardigen en komt onlogisch voor. Met andere woorden: er moet in mijn ogen niet worden gekeken naar het etiket 'bepaalde of onbepaalde tijd', maar naar het al dan niet vooropstaan van opzegbaarheid.

93 Met normen bedoel ik: (i) een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging, (ii) een opzegtermijn of (iii) (een aanbod tot het betalen van) een (schade)vergoeding.

94 Ook in de feitenrechtspraak wordt wel van deze lezing uitgegaan. Zie bijv. hof Amsterdam 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4372, waarin werd overwogen: "In artikel 7:408 lid 1 BW is bepaald dat de opdrachtgever de overeenkomst van opdracht te allen tijde kan opzeggen. Met juistheid heeft de rechtbank overwogen dat deze bepaling ook geldt indien de overeenkomst, zoals in dit geval, voor bepaalde tijd is aangegaan. Daarmee is de kous echter niet af. Ook als uit de wet voortvloeit dat een overeenkomst te allen tijde opzegbaar is, kunnen onder bepaalde omstandigheden de eisen van redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat opzegging alleen mogelijk is met inachtneming van een bepaalde minimale opzegtermijn en/of onder betaling van een schadevergoeding."

95 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*).

Concreet betekent het voorgaande dat naar mijn overtuiging een vergelijkbaar normen-regime geldt bij de opzegging van de duurovereenkomst van opdracht voor bepaalde tijd als die bij de duurovereenkomst van opdracht voor onbepaalde tijd (zie paragraaf 4.3.1.1). De omstandigheid of sprake is van een overeenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd, kan evenwel relevant zijn voor (de lengte van) de opzegtermijn of (de hoogte van) de (aanvullende) (schade)vergoeding (zie paragraaf 4.3.2 en 4.3.3), maar lijkt niet of nauwelijks een verschil te maken voor de eis van een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging. Net als bij de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd geniet de opdrachtnemer bij de opzegging van de duurovereenkomst voor bepaalde tijd zelden bescherming in de vorm van het inperken van de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever.⁹⁶

4.3.1.3 De contractuele opzegbevoegdheid

De opzegebepalingen van afdeling 7.7.1 BW zijn regelen van aard, waardoor partijen afspraken kunnen maken over onder andere de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever (zie paragraaf 4.2.1). Als zij dit hebben gedaan, is de reikwijdte van deze bevoegdheid in beginsel afhankelijk van wat daarover is afgesproken: *pacta sunt servanda*.⁹⁷ De algemeen verbintenisrechtelijke opzegregels die ik hiervoor besprak, kunnen onder omstandigheden ook doorsijpelen in een contractuele regeling. Ook als de overeenkomst voorziet in een opzegregeling, kunnen de eisen van de redelijkheid en billijkheid namelijk meebrengen dat, gelet op de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, nadere eisen aan de opzegging worden gesteld, mits de contractuele opzegregeling daarvoor ruimte laat (artikel 6:248 lid 1 BW).⁹⁸ Voor het antwoord op de vraag welke regels van toepassing zijn, is van belang onderscheid te maken tussen drie situaties: (i) de opdrachtgever heeft een ruime contractuele opzegbevoegdheid, (ii) de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever is in het contract verbonden aan bepaalde (gewichtige) redenen en (iii) de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever is contractueel uitgesloten. Bij de bespreking van deze situaties differentieer ik niet ten aanzien van de duurovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd, tenzij dit expliciet is aangegeven.

Situatie i: de ruime opzegbevoegdheid

Het komt wel voor dat in het contract de tekst van artikel 7:408 lid 1 BW letterlijk is overgenomen of woorden van gelijke strekking. Opzegbaarheid is dan het uitgangspunt. Ten aanzien van de opzegbevoegdheid die voortvloeit uit artikel 7:408 lid 1 BW geldt dat de redelijkheid en billijkheid deze kan aanvullen (artikel 6:248 lid 1 BW), gelet op de uitschakelbepaling van artikel 7:400 lid 2 BW (zie paragraaf 4.3). Deze uitschakelbepaling vindt hier in principe geen toepassing, omdat het contractueel beding en geen wettelijk voorschrift betreft. Of deze contractuele opzegebepaling ruimte voor aanvulling laat, is een uitlegkwestie.⁹⁹ De vraag die

96 Zie bijv. hof Amsterdam 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4372.

97 Wat partijen exact zijn overeengekomen, is een kwestie van uitleg en geschiedt aan de hand van de Haxiltex-maatstaf (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes c.s./Haviltex*)). Zie bijv. hof Amsterdam 9 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:454.

98 HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Pensioenfondsen/Alcatel-Lucent*); HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*). Zie bijv. rb. Amsterdam 18 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4059.

99 HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749 (*Koersplan*).

in dit verband rijst, is of partijen daadwerkelijk voor ogen hadden de opdrachtgever een onbegrensde opzegbevoegdheid te verlenen of 'simpelweg' de wettekst hebben gekopieerd of herschreven. Voor het antwoord van die vraag moet worden gekeken naar 'de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten', waarbij mede van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.¹⁰⁰

Als partijen alleen de wettekst hebben gekopieerd of herschreven zonder dat zij over deze opzeggbeeping (intensief) overleg hebben gevoerd, lijkt het voor de hand te liggen dat de onbegrensde opzegbevoegdheid van de opdrachtgever ruimte laat voor aanvulling op grond van de aanvullende beperking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 7:408 lid 1 BW).¹⁰¹ Een andere uitleg zou immers meebrengen dat enkel het kopiëren van de wettekst in het contract kan leiden tot een andere uitkomst, inhoudende dat geen ruimte bestaat voor de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW). Naar mijn overtuiging moet daarom worden bekeken of partijen voor ogen hadden aan te sluiten bij het systeem van de wet of dat zij hier expliciet van wilden afwijken. In de situatie dat zij aansluiting hebben gezocht bij het systeem van de wet, zou de contractuele bepaling ruimte laten voor aanvulling op grond van artikel 6:248 lid 1 BW (zie paragraaf 4.3).¹⁰² In dat geval geldt hetgeen ik heb beschreven in paragraaf 4.3.1.1 (voor de duurovereenkomst van opdracht voor onbepaalde tijd) respectievelijk paragraaf 4.3.1.2 (voor de duurovereenkomst van opdracht voor bepaalde tijd). Als partijen hebben beoogd van het wettelijk systeem af te wijken, dan hangt de beantwoording van de vraag of de contractuele bepaling ruimte laat voor aanvulling, af van de wijze waarop het beding is geformuleerd. Hierbij geldt in zijn algemeenheid dat een gedetailleerde contractuele opzegregeling zich minder snel leent voor aanvulling, omdat een dergelijke regeling doorgaans geen leemte kent om te worden aangevuld.¹⁰³ Mocht de ruimte voor aanvulling ontbreken, dan blijft de mogelijkheid bestaan dat de contractuele opzegregeling terzijde wordt geschoven door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW). Door die terzijdestelling kan eventueel een hiaat ontstaan, die weer kan worden aangevuld met de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW), mits de rechtsverhouding tussen partijen die aanvulling behoeft.

100 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes c.s./Haviltex*). Het gaat er daarbij niet om wat een partij zelf dacht te zijn overeengekomen. Beslissend is hoe partijen over en weer het overeengekomene redelijkerwijs moesten begrijpen (zie ook Bakker 2021, p. 13 en 45; Grosheide & Van der Neut, *TAC* 2022/2). De uitgangspunten van de verklaarde wil en het gerechtvaardigd vertrouwen vormen tezamen de wilsvertrouwensleer, die is neergelegd in art. 3:33 en 3:35 BW.

101 Dat geldt in het bijzonder als in de contractuele bepaling is opgenomen dat met deze opzeggbeeping wordt aangesloten bij art. 7:408 lid 1 BW.

102 Als deze ruimte er niet is, is aanvulling niet mogelijk en kan de opdrachtnemer dus niet worden beschermd via de weg van art. 6:248 lid 1 BW. De opdrachtnemer kan in die situatie proberen het beroep van de opdrachtgever op de contractuele opzegbevoegdheid terzijde te schuiven door te betogen dat de uitkomst van dit beroep in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW) (HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Pensioenfonds/Alcatel-Lucent*); HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*)) (zie par. 4.3).

103 Tjong Tjin Tai, *NJ* 2016/450; Verburg, *JOR* 2018/140; De Vaan, *JIN* 2018/57.

Situatie ii: de contractuele inperking van de opzegbevoegdheid

Partijen kunnen de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever contractueel hebben ingeperkt.¹⁰⁴ Deze bevoegdheid kan bijvoorbeeld zijn gekoppeld aan bepaalde (gewichtige) redenen. Zonder zo'n reden kan de opdrachtgever in principe niet rechtsgeldig opzeggen. Of de contractuele bepaling ruimte voor aanvulling laat (artikel 6:248 lid 1 BW), wat afhangt van de formulering van het beding en dus van uitleg, is in dit verband eigenlijk irrelevant.¹⁰⁵ De contractuele regeling die slechts in algemene zin bepaalt dat de opdrachtgever een gewichtige reden voor opzegging moet hebben of specifieke gewichtige redenen noemt, zal naar mijn inschatting qua norm immers niet of nauwelijks verschillen van de voldoende zwaarwegende grond voor opzegging, welke eis uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) kan voortvloeien (zie paragraaf 4.3.1.1).

In het gros van de gevallen waarin de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever contractueel is gekoppeld aan bepaalde (gewichtige) redenen, is ook opgenomen welke omstandigheden (in ieder geval) kwalificeren als gewichtige redenen.¹⁰⁶ Als de situatie zich voordoet dat de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever contractueel aan banden is gelegd en hij hierdoor de overeenkomst met de opdrachtnemer in principe niet kan opzeggen, kan het alsnog gebeuren dat de opzeggingsbescherming van de opdrachtnemer moet wijken voor het belang dat de opdrachtgever bij de opzegging heeft.¹⁰⁷ De twee gronden die hiertoe kunnen leiden, zijn de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en onvoorziene omstandigheden.¹⁰⁸ Beide gronden bevatten een zeer strenge norm.¹⁰⁹

104 Zie bijv. rb. Rotterdam 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN3753.

105 Hiermee doel ik uitsluitend op de opzegbevoegdheid en niet op een eventuele opzegtermijn of een (aanvullende) (schade)vergoeding.

106 Een voorbeeld van zo'n beding is: "De opdrachtgever kan de overeenkomst slechts opzeggen indien (a) hij niet kan nakomen en deze niet-nakoming niet aan hem is toe te rekenen, (b) de opdrachtnemer komt te overlijden of (c) de opdrachtnemer in staat van faillissement wordt verklaard."

107 Zie voor de duurovereenkomst voor bepaalde tijd HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0483 (*Mondia/Calanda*); HR 10 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1428 (*Aerts/Kneepkens*). Zie voor de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Pensioenfonds/Alcatel-Lucent*).

108 Het leerstuk onvoorziene omstandigheden houdt in dat na het sluiten van de overeenkomst zich omstandigheden voordoen die niet in de overeenkomst zijn verdisconteerd en die niet voor rekening van de opdrachtgever komen, waarbij deze omstandigheden van zo ernstige aard zijn dat de opdrachtnemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet van de opdrachtgever mag verwachten. Hierbij komt het er slechts op aan van welke veronderstellingen partijen zijn uitgegaan ('niet in de overeenkomst verdisconteerd') en dus niet of deze omstandigheid voorzienbaar was. Zie in dit kader uitgebreider Beenders & Den Hollander, *VrA* 2010/1.3.

109 Zie t.a.v. de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid par. 4.3. Zie t.a.v. de onvoorziene omstandigheden, waarbij in deze context materieel gezien wordt aangesloten bij het toetsingscriterium van art. 6:258 BW, HR 27 april 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4797 (*NVB/Sipke Helder*); HR 23 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0834 (*Nieuwegein/GCN II*); HR 10 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1532 (*FNV/Campina*); HR 19 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1152 (*Campina/Van Jole*); HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (*Briljant Scheuders/ABP*); HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615 (*Gemeente Bronckhorst*). Overigens lijkt toepassing van het leerstuk onvoorziene omstandigheden sowieso lastig te rijmen met het feit dat het moet gaan om omstandigheden waarin partijen niet hebben voorzien, terwijl zij in de geschetste situatie juist (voor dit geval) het ontbreken van een opzegbevoegdheid hebben verdisconteerd.

Situatie iii: de contractuele uitsluiting van de opzegbevoegdheid

De mogelijkheid bestaat dat partijen de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever volledig hebben uitgesloten. Ten aanzien van de opdrachtnemer aan de onderkant ligt zo'n afspraak – en daarmee een hoge mate van opzeggingsbescherming voor deze opdrachtnemer – allesbehalve voor de hand (zie paragraaf 4.2.1).¹¹⁰ Mocht toch sprake zijn van zo'n contractueel beding, dan kan de opdrachtgever – net als bij de vorige situatie – de overeenkomst alsnog opzeggen op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of onvoorziene omstandigheden. Hoewel beide gronden nog altijd dezelfde strenge norm bevatten, heeft het beroep van de opdrachtgever hierop evenwel meer kans van slagen dan bij de vorige situatie. Een algehele contractuele uitsluiting van de opzegbevoegdheid, dus ook wegens gewichtige redenen, zal namelijk meebrengen dat partijen voor eeuwig aan elkaar zullen vastzitten en dat is bij de overeenkomst van opdracht een niet te verkiezen uitgangspunt.¹¹¹ Dat geldt met name voor de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bij de duurovereenkomst voor bepaalde tijd speelt dat immers minder, nu deze overeenkomst in beginsel eindigt door het verstrijken van de tijd waarvoor zij is aangegaan.¹¹²

4.3.2 De opzegtermijn van de opdrachtgever

Een opzegtermijn biedt de opdrachtnemer de kans gedurende deze tijd een andere opdrachtgever te zoeken of zich anderszins aan te passen aan de nieuwe situatie die na de beëindiging van de overeenkomst zal intreden. Afdeling 7.7.1 BW regelt geen opzegtermijn (zie paragraaf 4.2.2). Toch is de opdrachtgever op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid veelal gehouden zo'n termijn in acht te nemen (paragraaf 4.3.2.1). Ook is het mogelijk dat partijen een opzegtermijn contractueel zijn overeengekomen (paragraaf 4.3.2.2).¹¹³ Als voor de opdrachtgever een opzegtermijn geldt en hij deze niet in acht neemt, is volgens mijn interpretatie niettemin sprake van een rechtsgeldige opzegging met schadelijking als gevolg (paragraaf 4.3.2.3). Anders dan in paragraaf 4.3.1 behandel ik de duurovereenkomst van opdracht voor bepaalde en onbepaalde tijd gezamenlijk. De reden hiervan is dat de toepasselijke rechtsregels hetzelfde zijn, alhoewel het verschil

110 De niet-opzegbaarheid kan ook uit de bedoeling van partijen voortvloeien, zelfs t.a.v. de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd (HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660 (*Stichting Gooisch Natuurreservaat*); HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270 (*Nanada/Golden Earring*)). Het is echter niet aanmerkelijk dat de opdrachtgever en opdrachtnemer die een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd met elkaar hebben gesloten, een dergelijke afspraak – al dan niet stilzwijgend – zijn aangegaan. Anders dan in het *Stichting Gooisch Natuurreservaat*-arrest, waarin een nauwe samenhang bestond tussen enerzijds de overeenkomst en anderzijds de statuten van de stichting (waarin het behoud van het natuurreservaat '(...) ten eeuwigden dage (...)') als doel was opgenomen, ligt het namelijk niet voor de hand dat zij een (stilzwijgend) verlangen tot eeuwigdurende gebondenheid hebben (zie in algemene zin ook Houben & Nijland, *Contracteren* 2016/3.2). Zie voor een voorbeeld waarin dit t.a.v. de overeenkomst van opdracht voor bepaalde tijd werd aangenomen rb. Gelderland 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4076.

111 *Asser/Kortmann, De Leede & Thunnissen 5-III* 1994/110; Du Perron 1995, p. 236; De Vries 2015, p. 226. Hierbij geldt in zijn algemeenheid dat hoe minder beperkt de opzegregeling is, hoe minder snel deze regeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal zijn.

112 Het is zelfs mogelijk dat partijen voor bijv. een duurovereenkomst voor bepaalde tijd hebben gekozen, juist om zeker te zijn dat zij voor minimaal deze duur aan elkaar vastzitten.

113 Deze twee mogelijkheden zijn overigens niet limitatief van aard. Een opzegtermijn kan bijv. ook voortvloeien uit de toepasselijke branchegebruiken of de gewoonte (zie bijv. rb. Roermond 22 december 2003, ECLI:NL:RBROE:2003:AO6838).

tussen de bepaalde en onbepaalde duur wel van belang kan zijn voor de concrete invulling van (de lengte van) de opzegtermijn.¹¹⁴

4.3.2.1 De uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende opzegtermijn

Uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) kan voortvloeien dat de opzeggende partij een bepaalde opzegtermijn in acht moet nemen.¹¹⁵ Dit geldt ook ten aanzien van de opzegging door de opdrachtgever. Niet alleen laat afdeling 7.7.1 BW in mijn optiek ruimte om de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer aan te vullen met een opzegtermijn (zie paragraaf 4.2.2), maar deze aanvulling is in mijn ogen ook wenselijk om zowel aanpassings- en afwikkelingsschade te beperken als te voorkomen dat de opdrachtnemer zijn mogelijk enige of hoofdzakelijke inkomstenbron van de ene op de andere dag kwijtraakt. In deze paragraaf staat de vraag centraal of de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer zo'n termijn behoeft en, zo ja, welke omstandigheden relevant zijn om de lengte daarvan te bepalen. Het antwoord op deze vraag is een afweging van de wederzijdse partijbelangen en de aard en het gewicht van de reden voor de opzegging,¹¹⁶ oftewel: de omstandigheden van het geval. Ook in dit kader heb ik een rechtspraakonderzoek verricht. De 25 geanalyseerde uitspraken zien op de periode tussen 28 oktober 2011 (datum van het *Gemeente De Ronde Venen/Stedin*-arrest) en 1 januari 2023 (zie bijlage 4 'Feitenrechtspraakonderzoek opzegtermijn').¹¹⁷ Deze verzameling bestaat uit uitspraken waarin de overeenkomst van opdracht is aangegaan tussen twee niet-particuliere partijen, de opdrachtnemer tegen loon zijn diensten aanbiedt en de opdrachtgever de overeenkomst opzegt. Daarbij is geen sprake van een dringende reden¹¹⁸ en zijn partijen contractueel geen opzegtermijn overeengekomen, dan wel bekijkt de rechter of de lengte van de (in acht genomen) opzegtermijn kwalificeert als redelijk. Ik heb bestudeerd (A) of een opzegtermijn bestaat,¹¹⁹

114 Hiermee bouw ik voort op de door mij in par. 4.3.1.2 betoogde lijn.

115 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*); HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverlaap*); HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660 (*Stichting Gooisch Natuurreservaat*); HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Pensioenfonds/Alcatel-Lucent*); HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270 (*Nanada/Golden Earring*); HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*); HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:445 (*Voorst/Vitens*); HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:446 (*Voorst/Liander*). Dat een op zichzelf toelaatbare opzegging onderworpen kan worden aan een bepaalde financiële compensatie voor de opgezegde partij, was ook al af te leiden uit HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2657 (*Elinga/British Wool*).

116 HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1706 (*Kakkenberg/Kakkenberg*).

117 De bestudeerde rechtspraak is verzameld via Legal Intelligence, Navigator, Rechtsorde en rechtspraak.nl. Hierbij heb ik (een combinatie van) de volgende zoektermen gebruikt: '7:408 ECLI:NL:HR:2011:BQ9854', '7:408 Gemeente De Ronde Venen', '7:408 HR 28 oktober 2011', 'overeenkomst van opdracht BQ9854', '7:408 duurovereenkomst', '7:408 opzegtermijn', '7:408 opzeggingstermijn', 'overeenkomst van opdracht opzegtermijn', 'overeenkomst van opdracht opzeggingstermijn', 'overeenkomst van opdracht duurovereenkomst opzegtermijn' en 'overeenkomst van opdracht duurovereenkomst opzeggingstermijn'.

118 In zo'n geval mag de opdrachtgever in beginsel de overeenkomst onmiddellijk opzeggen, wat dus niets zegt over het antwoord op de vraag of in een 'normale' situatie een opzegtermijn in acht had moeten worden genomen.

119 In dit kader heb ik ook 'ja' ingevuld indien de opdrachtgever uit zichzelf al een bepaalde opzegtermijn in acht had genomen en bij de rechter de vraag voorligt of de in acht genomen termijn redelijk is.

(B) of op het bestaan of ontbreken van een opzegtermijn apart is ingegaan,¹²⁰ (C) of op de lengte van de opzegtermijn apart is ingegaan en (D) of is gekeken naar de hoedanigheid van partijen, meer specifiek naar (D1) de hoogte van de beloning en (D2) de economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer.¹²¹ Op basis van deze bestudering, in combinatie met de 'standaardarresten' op dit terrein,¹²² zijn in het kader van de opzegtermijn en de lengte daarvan drie aspecten mij opgevallen. Die aspecten zal ik hieronder nader verklaren, waarbij ik wat langer stilsta bij het tweede aspect en waarbij geldt dat voorzichtigheid in acht moet worden genomen ten aanzien van het trekken van algemene conclusies op basis van het door mij verrichte rechtspraakonderzoek.¹²³

Ten eerste lijkt het uitgangspunt dat de opzeggende opdrachtgever een opzegtermijn in acht moet nemen. In twintig van de vijftientwintig uitspraken werd dit in ieder geval beslist.¹²⁴ Typerend is de overweging dat een opzegging zonder de inachtneming van een opzegtermijn, in het algemeen alleen mogelijk is wegens een dringende reden, waarvan door de opdrachtgever mededeling moet worden gedaan ten tijde van de opzegging.¹²⁵ In vier van de vijf gevallen waarin dit niet het geval was, oordeelde de rechter dat voor het bestaan van een opzegtermijn onvoldoende (onderbouwd) was gesteld.¹²⁶ Slechts

120 Als deze verplichting wordt genoemd en wordt toe- of afgewezen zonder expliciete motivering of in algemene zin wordt verwezen naar de aangevoerde of hiervoor genoemde omstandigheden, dan merk ik dat aan als 'niet apart ingegaan op de eis van een opzegtermijn'.

121 Ik heb t.a.v. de hoogte van de beloning en economische afhankelijkheid pas 'ja' ingevuld indien de rechter een van deze omstandigheden daadwerkelijk heeft meegenomen bij het vaststellen van het bestaan of de lengte van een opzegtermijn. Zo noemen rechters bijv. het uurtarief van de opdrachtnemer weleens in algemene zin, maar wordt in het kader van de opzegtermijn daar uiteindelijk geen waarde aan gehecht. Zie bijv. rb. Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2116, waarin uitsluitend waarde wordt toegekend aan het gerechtvaardigd vertrouwen van de opdrachtnemer t.a.v. het voortduren van de overeenkomst. Bij deze uitspraak heb ik om die reden bij de hoogte van de beloning 'nee' ingevuld.

122 Ik doel hiermee op HR21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1706 (*Kakkenberg/Kakkenberg*); HR29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2657 (*Elinga/British Wool*); HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*); HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Bever-slaap*); HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660 (*Stichting Gooisch Natuurreservaat*); HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Pensioenfonds/Alcatel-Lucent*); HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270 (*Nanada/Golden Earring*); HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*); HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:445 (*Voorst/Vitens*); HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:446 (*Voorst/Liander*).

123 De kanttkening die ik in par. 3.3.1 heb geplaatst omtrent die voorzichtigheid en de daarvoor genoemde redenen (kort gezegd: het betreft louter gepubliceerde rechtspraak en de uitkomst van de procedure is afhankelijk van wat partijen in een procedure aanvoeren (art. 24 Rv)) gelden ook in dit verband.

124 Een nuance is op zijn plaats, aangezien ik in dit kader ook 'ja' heb ingevuld indien de opdrachtgever uit zichzelf al een bepaalde opzegtermijn in acht had genomen en bij de rechter de vraag voorligt of de in acht genomen termijn redelijk is. In geen van de geanalyseerde uitspraken is de overweging te vinden dat de opdrachtgever in principe geen termijn in acht had hoeven te nemen en de termijn daarom sowieso redelijk is. Toch betekent dit niet dat de rechter tot hetzelfde oordeel was gekomen als de opdrachtgever dat niet uit zichzelf had gedaan, aangezien de rechter oordeelt op basis van wat partijen aan hun vordering ten gronde hebben gelegd (art. 24 Rv).

125 Zie bijv. rb. Rotterdam 7 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2707. Deze uitspraak is overigens niet in bijlage 4 'Feitenrechtspraakonderzoek opzegtermijn' opgenomen, omdat hier volgens de rechter sprake was van een dringende reden.

126 Daarmee is niet gezegd dat, als wel voldoende was gesteld, de opdrachtgever een opzegtermijn in acht had moeten nemen. Het is immers nog altijd mogelijk dat de omstandigheden die tot een opzegtermijn (kunnen) leiden, simpelweg ontbraken.

in één van de vijftientig uitspraken werd geen opzegtermijn aangenomen met een ‘inhoudelijke’ reden. Volgens de rechter was het risico van de onmiddellijke opzegbaarheid van de overeenkomst verdisconteerd in het hoge uurtarief van € 120.¹²⁷ Daarmee was een opzegtermijn in wezen contractueel uitgesloten, waardoor het de vraag is of dit daadwerkelijk een voorbeeld is van een negatieve uitkomst. Concreet betekent het voorgaande dat de opdrachtnemer bij de opzegging van de duurovereenkomst door de opdrachtgever in principe wordt beschermd door een (uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende) opzegtermijn,¹²⁸ waarbij de hoedanigheid van partijen hier geen of slechts een geringe rol lijkt te spelen. Ook in de rechtsliteratuur lijkt *communis opinio* te zijn dat de opdrachtgever bij de opzegging van de duurovereenkomst van opdracht doorgaans een opzegtermijn in acht moet nemen.¹²⁹ Ik vind het uitgangspunt dat de opdrachtgever bij de opzegging van de duurovereenkomst een opzegtermijn in acht moet nemen, een gewenste ontwikkeling, zeker met het oog op de opdrachtnemer aan de onderkant. Naast het feit dat anders de enige of hoofdzakelijke inkomstenbron van deze opdrachtnemer direct zou wegvallen, heeft hij vanwege zijn lage tarief vermoedelijk geen of beperkte reserves kunnen opbouwen voor dit soort situaties (zie paragraaf 2.1). Tegelijkertijd zou ik willen stellen dat de opdrachtgever in beginsel niet is verplicht de opdrachtnemer de gelegenheid te bieden de werkzaamheden te blijven verrichten indien de werkzaamheden uitsluitend plaatsvinden in het belang van de opdrachtgever.¹³⁰ Dit zou zich immers slecht verhouden tot het autonomiebeginsel: de opdrachtgever is in principe vrij op welke manier hij zijn belangen behartigd wil zien worden.¹³¹ Wel loopt zijn hoofdverplichting door in de vorm van het betalen van het loon van de opdrachtnemer.

127 Rb. Midden-Nederland 7 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1391.

128 Dit uitgangspunt past bij de algemeen verbintenisrechtelijke norm dat partijen rekening moeten houden met elkaars belangen (HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*)), nu de opzegging van de overeenkomst door de opdrachtgever ingrijpende gevolgen kan hebben voor de opdrachtnemer (Strijbos 1985, p. 11; Van de Paverd 1999, p. 98).

129 Zie t.a.v. de onbenoemde overeenkomst o.a. Strijbos 1985, p. 110; De Vries 1990, p. 337; Barendrecht & Van Peurse 1997, p. 153; Van de Paverd 1999, p. 98; *Asser/Houben 7-X 2019/127* en t.a.v. de overeenkomst van opdracht o.a. Boot 2005, p. 225; Trap 2007, p. 29; Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5) 2017/4.26*. Zie anders, hoewel de conclusie ziet op de particuliere opdrachtgever en het niet geheel duidelijk is of bepaalde opmerkingen zijn gemaakt in dit licht of in bredere zin, concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2022:678 voor HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198, die het bij de regel van art. 7:408 lid 1 BW (te allen tijde opzeggen) slecht vindt passen om op grond van redelijkheid en billijkheid aan te nemen dat tóch een opzegtermijn geldt. Hij denkt eerder aan een compensatie via de toekenning van het volle loon over een redelijke periode. Ik zie dit t.a.v. in ieder geval de niet-particuliere opdrachtgever anders, omdat ook met een opzegtermijn de opdrachtgever nog altijd kan opzeggen. Een opzegtermijn bestrijkt naar mijn mening immers niet de vraag of kan worden opgezegd, maar tegen wanneer.

130 Dat is m.i. slechts anders indien de opdrachtgever misbruik maakt van zijn positie door de opdrachtnemer niet toe te laten tot de werkzaamheden, dan wel de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid aan deze weigering in de weg staat (art. 6:248 lid 2 BW), omdat de opdrachtnemer bijv. meer heeft dan alleen een financieel belang.

131 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 363. Op basis van weliswaar deels andere argumenten komt Haak, Zwitser en Tjong Tjin Tai tot hetzelfde uitgangspunt (Haak & Zwitser 2003, p. 148; *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/182*).

Ten tweede bestaat in de praktijk nog altijd onzekerheid over de opzegtermijn, in het bijzonder over de lengte daarvan.¹³² Door de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) als grondslag van de opzegtermijn moet voor de lengte daarvan steeds een afweging van de verschillende omstandigheden plaatsvinden. Een wiskundige formule voor het berekenen van deze lengte bestaat niet en (concrete) uitgangspunten ontbreken.¹³³ De (niet-limitatief) opgesomde omstandigheden uit paragraaf 4.3.1.1 kunnen ook een rol spelen bij het aannemen van een lange opzegtermijn of juist meebrengen dat de opdrachtgever geen of een relatief korte opzegtermijn in acht hoeft te nemen.¹³⁴ De rode draad daarbij is dat de omstandigheden die leiden tot een lange opzegtermijn, op enige wijze verband houden met de tijd die nodig is om de bedrijfsvoering aan te passen aan de nieuwe situatie.¹³⁵ Anders gezegd: hoe meer aanpassingsbehoefte de opdrachtnemer heeft, hoe eerder een lange opzegtermijn redelijk en billijk is en *vice versa*. In dit verband heb ik vooral gekeken naar de rol die de hoogte van de beloning en de economische afhankelijkheid (kunnen) spelen. Daarbij merk ik op dat als de rechter een van deze omstandigheden heeft betrokken in zijn afweging, het lastig is te achterhalen welke rol dit exact heeft gespeeld in die afweging. Dat een omstandigheid wel of niet vaak wordt meegenomen in die afweging, zegt op zichzelf bezien dus nog niets over de (on)bruikbaarheid en het gewicht daarvan.

Slechts in drie van de elf uitspraken waarin werd gekeken naar de hoedanigheid van partijen, is de hoogte van de beloning meegenomen in de afweging of een opzegtermijn in acht moet worden genomen en, zo ja, welke lengte daarbij als redelijk kwalificeert. Deze cijfers doen vermoeden dat de hoogte van de beloning voor het bestaansrecht en de lengte van de opzegtermijn nauwelijks van belang is. Of dat ook daadwerkelijk zo is, kan niet uit de geanalyseerde rechtspraak worden afgeleid. Uit de overwegingen van de feitenrechters blijkt namelijk niet hoe de hoogte van de beloning in de belangenafweging is meegenomen en welk gewicht dat in de schaal heeft gelegd. Dat zou kunnen betekenen dat feitenrechters de hoogte van de beloning in deze context van geringe waarde achten. Op het eerste gezicht zou dat opmerkelijk kunnen worden genoemd, omdat de opdrachtnemer met een hoog

132 Om deze reden betoog ik in par. 4.4.2.1 om een opzegtermijn in de wet vast te leggen t.a.v. de duurovereenkomst van opdracht.

133 Het hof Den Haag verwoordde dit treffend met de overweging dat voor de vaststelling van de lengte van de opzegtermijn de omstandigheden van het geval dienen te worden 'geplust en gemind' (hof Den Haag 3 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2764). Overigens betrof het in deze zaak een onbepaalde duurovereenkomst en niet een overeenkomst van opdracht.

134 Ten overvloede noem ik nogmaals de reeds in par. 4.3.1.1 genoemde omstandigheden: (i) de door de opdrachtnemer gedane investeringen, (ii) de mate waarin de opdrachtnemer rekening heeft kunnen houden met de nieuwe situatie, (iii) de tijd en/of kosten die verband houden met de omzetting (van de bedrijfsvoering) van de opdrachtnemer vanwege de opzegging, (iv) de mate waarin de bedrijfsvoering van de opdrachtnemer afhankelijk is van de voortzetting van de overeenkomst, (v) de mate waarin de opdrachtnemer qua omzet afhankelijk is van de opdrachtgever, (vi) het maatschappelijk belang of belang van een derde dat (indirect) wordt geraakt door de overeenkomst, (vii) de duur van de samenwerking, (viii) de door de opdrachtgever opgewekte verwachtingen, resp. het gerechtvaardigd vertrouwen van de opdrachtnemer dat de overeenkomst zou voortduren, (ix) de frequentie van de samenwerking (x) de intensiteit van de samenwerking, (xi) de exclusiviteit van de samenwerking, (xii) de waarschuwingen van de opdrachtgever voorafgaand aan de opzegging en (xiii) de reden(en) voor de opzegging.

135 Meer in algemene zin is hier in de rechtsliteratuur al op gewezen door Tjong Tjin Tai, *NJ* 2012/685; Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5) 2017/4.26; Asser/Houben 7-X 2019/128*.

tarief in de regel beter in staat is een tijdelijke terugval in het inkomen op te vangen dan de opdrachtnemer aan de onderkant. Toch zou ik dit geen opvallende uitkomst vinden, gezien het feit dat de hoogte van de beloning in wezen weinig zegt over de bestaansreden van de opzegtermijn: de aanpassingsbehoefte van de opdrachtnemer.

In tien van de elf uitspraken waarin de rechter de hoedanigheid van partijen betrof bij de vaststelling van (de lengte van) de opzegtermijn, werd het aspect economische afhankelijkheid meegenomen. De economische afhankelijkheid waarin de opdrachtnemer zich tegenover de opdrachtgever bevindt (omstandigheid v), kan leiden tot of bijdragen aan een lange opzegtermijn.¹³⁶ Rechteren gaan ervan uit dat de aanpassingskosten van de opdrachtnemer vermoedelijk hoger zullen zijn naargelang de afhankelijkheid intensiever is geworden.¹³⁷ Omgekeerd kan het zo zijn dat vanwege het ontbreken van economische afhankelijkheid, een relatief korte of zelfs helemaal geen opzegtermijn volstaat.¹³⁸ De onderlinge hoedanigheid van partijen, in dit geval de economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer tegenover de opdrachtgever, lijkt dus niet zozeer door te werken in het bestaan van een opzegtermijn, maar kan wel invloed hebben op de uiteindelijke lengte van die termijn.

Tijdens het analyseren van de rechtspraak trokken een aantal omstandigheden die een belangrijke rol kunnen spelen bij het bepalen van de lengte van de opzegtermijn mijn aandacht, namelijk de duur van de samenwerking, relatiespecifieke investeringen, bepaalde of onbepaalde tijd en de dringende reden. Deze omstandigheden licht ik in deze context hierna kort toe.

De duur van de samenwerking (omstandigheid vii) is een omstandigheid die veelal wordt betrokken bij de vaststelling van de lengte van de opzegtermijn, nu de opdrachtnemer doorgaans meer tijd nodig zal hebben om zich aan te passen aan de nieuwe situatie naarmate partijen langer met elkaar samenwerken.¹³⁹ De opdrachtnemer die er (gerechtvaardigd) van uitging dat de samenwerking met de opdrachtgever naar behoren verliep, zal zich waarschijnlijk niet of nauwelijks hebben beziggehouden met het zoeken naar alternatieven. Bovendien ligt het voor de hand dat de opdrachtnemer na verloop van tijd afhankelijk(er) is geworden van de opdrachtgever.¹⁴⁰

De relatiespecifieke investeringen van de opdrachtnemer (omstandigheid i), die hij heeft gedaan met de gedachte dat de overeenkomst nog zou voortduren, is een andere omstandigheid

136 Zie bijv. rb. Zwolle-Lelystad 5 juni 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BX2460; hof 's-Hertogenbosch 10 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1835.

137 In de rechtsliteratuur werd dit al eerder opgemerkt door Strijbos 1985, p. 6 en 13.

138 Zie bijv. rb. Noord-Holland 12 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5118, waarin de rechtbank oordeelde dat een opzegtermijn van één maand redelijk en billijk was, mede vanwege het feit dat de opgezegde partij niet (volledig) financieel afhankelijk was van de beloning van de opzeggende partij.

139 Zie bijv. rb. Zwolle-Lelystad 5 juni 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BX2460. In de rechtsliteratuur is dit eveneens een algemeen aanvaard uitgangspunt (Strijbos 1985, p. 110 e.v.; De Vries 1990, p. 337; Barendrecht & Van Peurse 1997, p. 153; Van de Pavert 1999, p. 98; De Hoon, *NJB* 2010/1062).

140 HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270 (*Nanada/Golden Earring*). Vgl. Strijbos 1985, p. 13.

die vaak wordt meegenomen in de afweging over de lengte van de opzegtermijn.¹⁴¹ Deze investeringen verliezen als omstandigheid aan gewicht naarmate de overeenkomst langer heeft geduurd (en investeringen dus al (kunnen) zijn terugverdiend).¹⁴²

In deze paragraaf heb ik de duurovereenkomst van opdracht voor bepaalde en onbepaalde tijd gezamenlijk behandeld, maar of een overeenkomst van opdracht voor bepaalde of onbepaalde tijd is overeengekomen, kan wel degelijk een rol spelen bij de vaststelling van de lengte van de opzegtermijn. De overeenkomst van opdracht die voor bepaalde tijd is aangegaan en afloopt zonder dat deze wordt verlengd, lijkt in beginsel geen of een relatief korte opzegtermijn mee te brengen. Beide partijen wisten immers op voorhand waar zij aan toe waren en konden zich hierop aanpassen.¹⁴³ De omgekeerde situatie, dus de situatie waarin de overeenkomst van opdracht voor bepaalde tijd tussentijds wordt opgezegd, brengt juist in beginsel mee dat eerder een relatief lange opzegtermijn in acht moet worden genomen. Het aangaan van een overeenkomst van opdracht voor bepaalde tijd schept bepaalde (financiële) verwachtingen, waardoor een relatief lange opzegtermijn voor de hand ligt bij een tussentijdse opzegging.¹⁴⁴ Partijen kunnen namelijk juist voor een overeenkomst voor bepaalde tijd hebben gekozen om zeker te zijn dat zij gedurende deze tijd aan elkaar vastzitten.

Waar de opdrachtgever in een normaal geval een opzegtermijn zou moeten hanteren, kan de reden voor de opzegging meebrengen dat geen of een relatief korte termijn gerechtvaardigd is (omstandigheid xiii).¹⁴⁵ Zo'n situatie kan zich voordoen als de overeenkomst door de opdrachtgever wordt opgezegd vanwege een dringende reden,¹⁴⁶ bijvoorbeeld omdat de opdrachtnemer zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal.¹⁴⁷ Een ander geval waaraan kan worden gedacht, is als de overheid verbiedt bepaalde economische activiteiten te verrichten, zoals tijdens de verplichte stillegging vanwege COVID-19 of een handelsverbod met een bepaald land.¹⁴⁸ Het zou naar mijn mening niet redelijk zijn als de opdrachtgever die door een dergelijk verbod wordt getroffen, waarbij zijn onderneming in feite (grotendeels) is gestaakt, (ook nog) verplicht zou zijn een opzegtermijn in acht te nemen met als gevolg dat hij tijdens deze periode diensten van de opdrachtnemer moet afnemen.¹⁴⁹ Om aan de

141 Zie bijv. rb. Amsterdam 28 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV2166; hof 's-Hertogenbosch 10 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1835; rb. Rotterdam 10 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4378.

142 HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270 (*Nanada/Golden Earring*).

143 Onder omstandigheden zou dit anders kunnen zijn. Zo kan de opdrachtnemer investeringen hebben gedaan op aangeven van de opdrachtgever, waarbij deze investeringen redelijkerwijs niet binnen de looptijd van de overeenkomst konden worden terugverdiend. Ook kan de opdrachtgever bijv. het vertrouwen bij de opdrachtnemer hebben opgewekt de overeenkomst te verlengen en heeft de opdrachtnemer hierdoor een nieuwe opdracht geweigerd.

144 Zie bijv. hof Amsterdam 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4372.

145 In zijn algemeenheid geldt: hoe dringender de reden voor opzegging, hoe eerder geen of een korte(re) opzegtermijn in acht hoeft te worden genomen.

146 Zo is alleen geen vertrouwen meer hebben in de opdrachtnemer onvoldoende (zie bijv. rb. Noord-Holland 12 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5118).

147 Zie voor een voorbeeld waarin vanwege een dringende reden (de opdrachtnemer had in strijd met het beleid van de opdrachtgever gehandeld) geen opzegtermijn uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeide rb. Rotterdam 7 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2707.

148 Volledigheidshalve merk ik op dat strijdig handelen met een overheidsverbod ook in strijd met de goede zeden en openbare orde kan zijn (art. 3:40 lid 1 BW).

149 Zie ook Schelhaas & Spanjaard, *NJB* 2020/881.

belangen van de opdrachtnemer tegemoet te komen, vind ik een compensatie in de vorm van een (proportionele) (schade)vergoeding weer niet ondenkbaar (zie paragraaf 4.3.3).¹⁵⁰ Dit kan ook gelden voor het geval waarin de opdrachtgever er belang bij heeft de overeenkomst binnen een niet al te lange periode te beëindigen.

Ten derde is de beschermende gedachte achter de opzegtermijn om de opdrachtnemer voldoende tijd te geven zich aan te passen aan de nieuwe situatie.¹⁵¹ De opzegtermijn heeft echter niet tot doel de opdrachtnemer te compenseren voor alle schade die mogelijk door de opzegging ontstaat.¹⁵² De opdrachtgever is immers bevoegd de overeenkomst op te zeggen, waarbij de opdrachtnemer in beginsel zijn eigen schade dient te dragen (zie paragraaf 3.1). Voor een inbreuk op dit principe moeten er omstandigheden aanwezig zijn die niet behoren tot de normale bedrijfsrisico's van de opdrachtnemer, in welk geval hij eventueel in aanmerking kan komen voor een aanvullende (schade)vergoeding (zie paragraaf 4.3.3.1).

4.3.2.2 De contractuele opzegtermijn

De opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen contractueel een opzegtermijn overeenkomen of deze juist uitsluiten. Ik behandel in dit kader drie situaties: (i) een opzegtermijn is contractueel geregeld zonder dat de precieze lengte daarvan is bepaald, (ii) een opzegtermijn en de lengte daarvan zijn contractueel geregeld en (iii) een opzegtermijn is contractueel uitgesloten.

Situatie i: de contractuele opzegtermijn zonder lengtespecificatie

Partijen kunnen in het contract een opzegtermijn opnemen zonder nadere specificatie over de lengte van deze termijn.¹⁵³ In dat geval is de opzegtermijn zelf bepaald, maar de lengte daarvan onbepaald. Er wordt dan eerst bekeken of deze lengte kan worden vastgesteld via uitleg, wat geschiedt aan de hand van de Haviltex-maatstaf.¹⁵⁴ Als uit de uitleg van de contractuele bepalingen in onderlinge samenhang bezien en de verklaringen en gedragingen van partijen echter niet valt op te maken welke lengte zij voor ogen hebben (gehad), laat de contractuele bepaling ruimte voor aanvulling (artikel 6:248 lid 1 BW)¹⁵⁵ en moet de lengte van de opzegtermijn overeenkomstig paragraaf 4.3.2.1 worden bepaald.

Situatie ii: de contractuele opzegtermijn met lengtespecificatie

De opdrachtgever en opdrachtnemer die een opzegtermijn contractueel overeenkomen, leggen in de meeste gevallen ook de lengte daarvan vast. In een dergelijk geval is de lengte die de partijen hebben bedongen, bijvoorbeeld één maand, in principe de termijn die in acht moet worden genomen. De Haviltex-maatstaf brengt echter mee dat niet alleen moet worden gekeken naar een zuiver taalkundige uitleg van de contractuele bepalingen,¹⁵⁶ maar

¹⁵⁰ Vgl. Schelhaas & Spanjaard, *NJB* 2020/881.

¹⁵¹ Zie bijv. hof 's-Hertogenbosch 10 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1835.

¹⁵² Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5)* 2017/4.26.

¹⁵³ Er kan worden gedacht aan een bepaling in de trant van: "De opdrachtgever moet een opzegtermijn in acht nemen" of "Er geldt een redelijke opzegtermijn".

¹⁵⁴ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes c.s./Haviltex*).

¹⁵⁵ HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*).

¹⁵⁶ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes c.s./Haviltex*).

ook hoe partijen over en weer het overeengekomene redelijkerwijs moesten begrijpen.¹⁵⁷ Het is dus mogelijk dat de contractuele termijn van bijvoorbeeld één maand door de verklaringen en gedragingen van partijen zo moet worden uitgelegd dat zij drie maanden hebben bedoeld. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin de overeenkomst tien jaar geleden is aangegaan en het voor de hand ligt dat de lengte van de opzegtermijn zou 'meegroeien' met de duur van de overeenkomst, gelet op de uitleg van alle contractuele bepalingen in onderling verband gezien of de wijze waarop de opdrachtgever en opdrachtnemer zich over en weer nadien hebben gedragen. Ook is het denkbaar dat de inhoud van de overeenkomst in de loop der tijd is gewijzigd.¹⁵⁸

In de situatie dat zowel de opzegtermijn als de lengte daarvan contractueel is bepaald, is doorgaans geen ruimte voor aanvulling (artikel 6:248 lid 1 BW). De op zichzelf heldere opzegtermijn kan in de gegeven omstandigheden nog wel worden vernietigd indien het beding kwalificeert als algemene voorwaarde en wordt aangemerkt als onredelijk bezwarend (artikel 6:233 sub a BW), dan wel terzijde worden geschoven vanwege de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW). Dit kan erin resulteren dat de opdrachtgever helemaal geen opzegtermijn in acht hoeft te nemen, maar het is ook mogelijk dat door het buiten toepassing verklaren van de contractuele opzegtermijn, een leemte in het contract ontstaat die aanvulling behoeft (artikel 6:248 lid 1 BW) en leidt tot een langere¹⁵⁹ of kortere opzegtermijn dan contractueel is overeengekomen.¹⁶⁰ Beide partijen kunnen hier een beroep op doen. De opdrachtgever kan zich erop beroepen dat de contractuele opzegtermijn te lang is, bijvoorbeeld omdat de overeenkomst in verhouding tot de lengte van de opzegtermijn maar kort heeft geduurd of omdat sprake is van een dringende reden (zie paragraaf 4.3.2.1, waarin ik de stelende opdrachtnemer en de verplichte stillegging van de economische activiteiten als voorbeelden heb gegeven). De opdrachtnemer kan juist het standpunt innemen dat de contractuele opzegtermijn te kort is, waarin hij vermoedelijk zal wijzen op de aanwezigheid van een aantal omstandigheden zoals uitgewerkt in paragraaf 4.3.2.1. In dit kader overwoog het gerechtshof Amsterdam dat de economische afhankelijkheid van de pakketbezorger (opdrachtnemer) nog niet maakte dat PostNL (opdrachtgever) daarom een langere termijn dan de contractuele opzegtermijn van één maand in acht had moeten nemen.¹⁶¹ Een interessante toevoeging van het hof is dat dit mogelijk anders zou zijn als de overeenkomst aanzienlijk langer had geduurd dan nu het geval is geweest (ongeveer negentien maanden) of als de opdrachtnemer in overleg

157 Bakker 2021, p. 13 en 45; Grosheide & Van der Neut, *TAC* 2022/2.

158 Omdat de Haviltex-maatstaf niet enkel wordt toegepast op de totstandkomingsfase, maar steeds opnieuw op relevante volgende momenten, kan dat ertoe leiden dat de rechtsverhouding anders moet worden uitgelegd en daardoor mettertijd van inhoud is veranderd (vgl. Grosheide & Van der Neut, *TAC* 2021/3). Valk en Schelhaas spreken in dit kader over 'voortschrijdende Haviltex' (Valk 2016, p. 31; Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (Mon. Pr. Nr. 20)* 2022/1.5.2). Daarbij geldt wel dat als de rechter vaststelt dat de inhoud van de overeenkomst in de loop der tijd is veranderd, aan de motivering van dat oordeel hogere eisen worden gesteld naarmate het verschil groter is tussen de rechtsgevolgen van de initiële overeenkomst en de nader tot stand gekomen rechtsverhouding (HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876 (*VDE/Fuchs*)).

159 De rechter zou dit ook kunnen oplossen door aan de opdrachtnemer een aanvullende (schade) vergoeding toe te kennen (zie par. 4.3.3.1).

160 HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Pensioenfondsen/Alcatel-Lucent*); HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*).

161 Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686.

met de opdrachtgever zodanige investeringen zou hebben gedaan dat hij die nimmer meer zou hebben kunnen terugverdienen.

Situatie iii: de contractuele uitsluiting van de opzegtermijn

De opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen expliciet in de overeenkomst hebben opgenomen dat geen opzegtermijn geldt en dus dat direct kan worden opgezegd. In die situatie is vaak geen ruimte voor aanvulling (artikel 6:248 lid 1 BW) en kan de opdrachtnemer alleen nog de bescherming van een opzegtermijn genieten indien de contractuele bepaling als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt (artikel 6:233 sub a BW), voor zover sprake is van een algemene voorwaarde, of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:248 lid 2 BW).¹⁶² Hierbij wijs ik er nogmaals op dat beide toetsingsmaatstaven een zeer strenge norm inhouden.¹⁶³ Als hieraan wordt voldaan en het beding wordt vernietigd, respectievelijk buiten toepassing wordt verklaard, kan een lacune ontstaan. In het geval dat die lacune aanvulling behoeft, kan worden aangevuld (artikel 6:248 lid 1 BW) overeenkomstig paragraaf 4.3.2.1, waardoor de opdrachtnemer alsnog de bescherming van een opzegtermijn kan genieten.

4.3.2.3 De gevolgen van de niet-inachtneming van de geldende opzegtermijn

In deze paragraaf ga ik ervan uit dat de opdrachtgever een opzegtermijn in acht moet nemen en dit niet (volledig) doet. De vraag die ik behandel, is welke gevolgen de niet-inachtneming van de opzegtermijn heeft voor de rechtsgeldigheid van de opzegging. Of de grondslag van de opzegtermijn de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (zie paragraaf 4.3.2.1) of het contract (zie paragraaf 4.3.2.2) is, maakt daarbij niet uit. In beide gevallen is namelijk sprake van een verbintenis, aangezien de inhoud van de 'overeenkomst' niet alleen bestaat uit wat partijen zijn overeengekomen, maar ook wat volgt uit de wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW). De vraag die in deze paragraaf centraal staat, moet overigens worden onderscheiden van de situatie waarin de opdrachtgever opzegt zonder opzegbevoegdheid. Een cruciaal verschil is immers dat de opzegbevoegdheid en de opzegtermijn een ander belang beschermen. Zo ziet de opzegbevoegdheid niet zozeer op inkomensbescherming, maar op het behoud van de opdracht, terwijl de opzegtermijn in wezen niets anders is dan een financiële compensatie voor de opzegging: de opdrachtnemer krijgt gedurende deze termijn de tijd zich aan te passen aan de nieuwe situatie.

Als de opdrachtgever de overeenkomst opzegt zonder de voor hem geldende opzegtermijn in acht te nemen, zijn er in feite twee opties: (i) de opzegging is niet doeltreffend (en wordt eventueel geconverteerd in een rechtsgeldige opzegging, dus met de inachtneming van de opzegtermijn (artikel 3:42 BW)) óf (ii) de opzegging is doeltreffend met schadeplichtigheid als gevolg van de schending van de geldende opzegtermijn (artikel 6:74 BW). Bij de eerste optie heeft de opzegging geen effect gesorteerd en is de overeenkomst dus

¹⁶² De opdrachtnemer kan overigens op soortgelijke wijze worden beschermd door een (schade) vergoeding (zie par. 4.3.3.1).

¹⁶³ Overigens zijn de toetsingsmaatstaven 'onredelijk bezwarend' (art. 6:233 sub a BW) en 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' (art. 6:248 lid 2 BW) materieel dezelfde (zie par. 3.4.1).

blijven voortbestaan.¹⁶⁴ Bij de tweede optie heeft de opzegging effect gesorteerd en is als het ware sprake van een directe beëindiging, gekoppeld aan een schadevergoeding.¹⁶⁵ Er zijn ook auteurs die stellen dat in zijn algemeenheid niet kan worden aangegeven of de opzegging waarbij de geldende opzegtermijn niet in acht is genomen, wel of niet leidt tot een rechtsgeldige opzegging.¹⁶⁶ Op basis van verschillende argumenten kom ik tot de conclusie dat ten aanzien van de opgezegde opdrachtnemer aan de onderkant de tweede optie het meest voor de hand ligt en dit eveneens de meest wenselijke optie is.¹⁶⁷ Ik noem in dit verband vier redenen.

Ten eerste zorgt de rechtsgeldige opzegging met schadeplichtigheid ervoor dat partijen duidelijkheid hebben over het al dan niet (voort)bestaan van de overeenkomst.¹⁶⁸ Het is op voorhand namelijk niet altijd helder of de opdrachtgever op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) een opzegtermijn in acht moet nemen en – in het bijzonder – wat de lengte daarvan is (zie paragraaf 4.3.2.1 en 4.4.2).¹⁶⁹ Hierdoor kan zich de situatie voordoen dat de opdrachtgever geen opzegtermijn in acht heeft genomen, dan wel een opzegtermijn van bijvoorbeeld één maand, maar dat de rechter enige tijd later oordeelt dat deze termijn op grond van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) drie maanden had moeten zijn. Als in een dergelijke situatie de overeenkomst al die tijd zou blijven voortbestaan, wat gevoelsmatig zou neerkomen op het herleven van het contract, gaat dat ten koste van de rechtszekerheid en kan dit zelfs leiden tot praktisch onwerkbaar situaties.¹⁷⁰ Het is immers goed denkbaar dat de opdrachtgever en opdrachtnemer al nieuwe overeenkomsten hebben gesloten. Voor de bedrijfsvoering van beide partijen is het daarom van belang dat zij duidelijkheid hebben over de vraag of de overeenkomst wel of niet tot haar einde is gekomen.¹⁷¹

164 Kortmann, *WPNR* 1994/6134; Pitlo/Croes e.a. 1995, p. 237 en in algemene zin o.a. Barendrecht & Van Peurse 1997/225-226; Brink-van der Meer & Van der Vegt, *Contracteren* 2007/4.3.

165 Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5)* 2017/4.26 en in algemene zin Valk, *NTBR* 2012/25. Ook in de feitenrechtspraak is deze lezing wel te vinden (zie in algemene zin bijv. rb. Utrecht 27 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ1958; rb. Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2116; rb. Overijssel 25 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:277; rb. Oost-Brabant 15 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6185; hof 's-Hertogenbosch 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5072).

166 Van Slooten 2018, p. 48; *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2022/165 en in algemene zin *Asser/Houben* 7-X 2019/130.

167 De eisen van de redelijkheid en billijkheid brengen m.i. mee dat de opdrachtnemer in dit geval niet kan kiezen voor nakoming (art. 3:296 BW) (HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311 (*Multi Vastgoed/Nethou*)).

168 Ook in de DCFR en PELC is ervoor gekozen de inachtneming van de geldende opzegtermijn geen vereiste te laten zijn van een daadwerkelijke beëindiging van de overeenkomst. Bij een schending van deze termijn ontstaat een schadevergoedingsverplichting, zodat partijen de zekerheid hebben dat met de opzegging hun contractuele relatie daadwerkelijk is geëindigd (art. IV.E.–2:302 DCFR resp. art. 6:109 PELC).

169 Om deze reden valt er een en ander voor te zeggen een opzegtermijn omtrent de opzegging van de duurovereenkomst van opdracht wettelijk te verankeren (zie par. 4.4.2.1).

170 Wel blijft onzekerheid bestaan over de hoogte van de schadevergoeding, maar die onzekerheid staat niet in de weg aan de voortzetting van de bedrijfsvoering van beide partijen. Daar komt bij dat onzekerheid haast inherent is aan nagenoeg ieder geval waarin schadevergoeding wordt gevorderd (Van de Pavard 1999, p. 109).

171 Zie in algemene zin ook Tjittes 1997, p. 381; Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5)* 2017/4.26.

Ten tweede is in de parlementaire geschiedenis steun voor mijn opvatting te vinden. De bepaling waarin de niet in acht genomen opzegtermijn leidt tot een onregelmatige opzegging (artikel 7.7.1.10 lid 3 van het voorontwerp), is in de huidige regeling niet overgenomen, omdat de vraag in hoeverre wanprestatie resulteert in schadevergoeding, aan de bepalingen uit Boek 6 BW kan worden overgelaten (artikel 6:74 BW).¹⁷² De onregelmatige opzegging zou dus wel het gewenste effect hebben.¹⁷³ Uit de formulering van artikel 7:408 lid 3 BW lijkt op dezelfde wijze te volgen dat een onregelmatige opzegging effect sorteert met een schadevergoedingsverplichting als gevolg (zie paragraaf 4.2.3.2).¹⁷⁴

Ten derde is het verdedigbaar dat de Hoge Raad in het *Koot/Tideman*-arrest ruimte heeft gelaten voor de door mij gekozen optie.¹⁷⁵ In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat de curator de overeenkomst had opgezegd zonder de inachtneming van de opzegtermijn en daarom verplicht was de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden.¹⁷⁶ De onregelmatige opzegging sorteert hier dus wel effect. Ondanks dat de overweging van de Hoge Raad in een compleet andere context is gedaan, staat de Hoge Raad in ieder geval niet (geheel) onwelwillend tegenover mijn opvatting. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de aandacht bij de niet-inachtneming van de opzegtermijn niet moet worden gevestigd op de rechtsgeldigheid van de opzegging zelf, maar op de schadevergoedingsverplichting die uit deze schending volgt.

Ten vierde gaat de rechtsgeldige opzegging met schadelijking niet ten koste van de billijkheid. De opzegtermijn biedt de opdrachtnemer in principe alleen de tijd zich aan te passen aan de nieuwe situatie. Het lijkt daardoor niet in de rede te liggen dat het niet in acht nemen van de opzegtermijn, de rechtsgeldigheid van de opzegging zelf aantast, zolang de bescherming van dit belang (achteraf) alsnog kan worden genoten. Deze bescherming kan worden geboden door de nadelige gevolgen van de te korte opzegtermijn te compenseren via een schadevergoeding.¹⁷⁷ Dat geldt in het bijzonder voor de opdrachtnemer die alleen een financieel belang heeft, maar gaat in mijn ogen in beginsel ook op voor de opdrachtnemer die meer dan enkel een financieel belang heeft. Een benadering waarin de opzegging wel effect sorteert bij de opdrachtnemer die alleen een financieel belang heeft en geen effect sorteert bij de opdrachtnemer die ook een ander belang heeft, kan immers weer tot rechtsonzekerheid leiden. Bovendien kan de opdrachtnemer die ook een niet-financieel belang heeft al worden beschermd tegen de opzegging zelf door aan de opzegging van de opdrachtgever de eis van een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging te stellen (zie paragraaf 4.3.1.1). Voor speciale gevallen waarin een directe beëindiging, gekoppeld aan een schadevergoeding, toch tot onrechtvaardigheid leidt, kan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) dit corrigeren en meebrengen dat de opzegging geen effect sorteert.¹⁷⁸

172 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, 3, p. 6.

173 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 363.

174 Zie in soortgelijke zin *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2022/165.

175 Zie ook Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5)* 2017/4.26.

176 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot/Tideman*).

177 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14*, 1991, p. 364.

178 Deze situatie zal zich niet snel voordoen, zeker niet t.a.v. de opdrachtnemer aan de onderkant. Er kan bijv. worden gedacht aan de situatie waarin het niet-financiële belang van de opdrachtnemer zich gedurende de opzegtermijn openbaart, zoals de presentator die nog een uitzending zou presenteren als de opzegtermijn in acht zou worden genomen.

Afrondend lijkt het er dus op dat als de opdrachtgever de voor hem geldende opzegtermijn niet (correct) in acht neemt, de opdrachtnemer aan de onderkant moet berusten in een schadevergoeding (artikel 6:74 BW). Die opzegging zou daarmee wel zijn effect sorteren. Deze opvatting is in lijn met wat uit paragraaf 4.3.1 blijkt: bescherming op het thema opzegging wordt allereerst in de financiële hoek gezocht en pas als die compensatie de opdrachtnemer onvoldoende beschermt, wordt bekeken of de ruime opzegbevoegdheid van de opdrachtgever moet worden ingeperkt.

4.3.3 De opzegvergoeding: de aanvullende (schade)vergoeding

De overeenkomst van opdracht kan in principe door de opdrachtgever worden opgezegd zonder dat hij de opdrachtnemer een (schade)vergoeding¹⁷⁹ is verschuldigd (zie paragraaf 4.2.3.2). Dit betekent dat als de opdrachtgever is gebonden aan een opzegtermijn en deze in acht neemt (of 'afkoopt' (zie paragraaf 4.3.2.3)), de opdrachtnemer in beginsel geen aanspraak kan maken op een (schade)vergoeding. Met zijn belangen is immers al rekening gehouden door de inachtneming van een opzegtermijn. Dit houdt echter niet in dat een opzegtermijn alle nadelige gevolgen van de opzegging wegneemt (zie paragraaf 4.3.2.1). Om die reden kan de opdrachtnemer onder omstandigheden in aanmerking komen voor een aanvullende (schade)vergoeding,¹⁸⁰ die dus naast een opzegtermijn kan bestaan (of naast de schadevergoeding vanwege de schending van de opzegtermijn kan komen).¹⁸¹ Zo'n vergoeding kan volgen uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) (paragraaf 4.3.3.1), nu afdeling 7.7.1 BW daar ruimte voor laat, gezien de parlementaire geschiedenis en *a-contrario*-redenering van artikel 7:408 lid 3 BW (zie paragraaf 4.2.3.2).¹⁸² Andere wettelijke grondslagen voor een aanvullende (schade)vergoeding laat ik onbesproken, waaronder de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) en ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW).¹⁸³ Waar ik wel kort op inga, is de mogelijkheid dat de opdrachtgever en opdrachtnemer zo'n aanvullende vergoeding contractueel zijn overeengekomen (paragraaf 4.3.3.2). Net als in paragraaf 4.3.2 maak ik in deze paragraaf geen onderscheid tussen de duurovereenkomst van opdracht voor bepaalde en onbepaalde tijd, omdat voor beide overeenkomsten een vergelijkbaar normenkader

179 In deze paragraaf sluit ik met de term '(schade)vergoeding' aan bij de HR (HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*); HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*)). Uit het tussen haakjes plaatsen van het woord 'schade' leid ik af dat de vergoeding vermoedelijk ruimer kan zijn dan alleen het klassieke schadebegrip (zie ook Tjong Tjing Tai, *NJ* 2012/685; Drion, *ORP* 2018/172; Wallart, *ORP* 2021/164).

180 Hierbij plaats ik de kanttkening dat de aanvullende (schade)vergoeding ook 'maar' een bepaalde overgangstermijn compenseert. Van een volledige compensatie zal in beginsel geen sprake zijn.

181 Omdat ik ervan uitga dat de opdrachtgever een opzegtermijn in acht moet nemen (zie par. 4.3.2.1), spreek ik in deze paragraaf over 'een aanvullende (schade)vergoeding', waarmee ik dus bedoel: aanvullend op de opzegtermijn (of schadevergoeding die daaruit voortvloeit).

182 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*).

183 Van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) kan bijv. sprake zijn als de opzegging door de opdrachtgever leidt tot reputatieschade van de opdrachtnemer (*Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2022/180 noemt in dit verband het voorbeeld van een beledigende publieke berichtgeving over de reden van de opzegging). Bij de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) kan worden gedacht aan de situatie waarin de opdrachtgever profiteert van de (nog niet terugverdiende) investeringen die door de opdrachtnemer zijn gedaan (Barendrecht, *NJB* 1994/17; Van de Pavard 1999, p. 125 e.v.; *Asser/Houben 7-X* 2019/131).

geldt.¹⁸⁴ Overigens heb ik hier geen apart rechtspraakonderzoek gedaan. Dat hangt samen met het feit dat uit de bestudering van de 'standaardarresten'¹⁸⁵ en rechtspraak die in de paragrafen 4.3.1.1 en 4.3.1.2 al de revue passeerden, een helder beeld naar voren kwam ten aanzien van de aanvullende (schade)vergoeding. Dat neemt niet weg dat voorzichtigheid op zijn plaats is bij het trekken van algemene conclusies op basis van dit beeld. Deze kanttekening heb ik een aantal maal eerder geplaatst en uitgebreider behandeld in paragraaf 3.3.1, waarin ik – kort gezegd – als redenen aanvoer dat het louter gepubliceerde rechtspraak betreft en dat de uitkomst van de procedure afhankelijk is van wat partijen in een procedure aanvoeren (artikel 24 Rv).

4.3.3.1 De uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende aanvullende (schade)vergoeding

De opdrachtgever die de voor hem geldende opzegtermijn in acht heeft genomen, kan alsnog een aanvullende (schade)vergoeding verschuldigd zijn.¹⁸⁶ Samenloop tussen de opzegtermijn en aanvullende (schade)vergoeding is dus mogelijk, maar wel alleen als de opdrachtnemer door de opzegtermijn niet voldoende is gecompenseerd.¹⁸⁷ Van een dubbele compensatie voor de opdrachtnemer is daarom geen sprake.¹⁸⁸ Zo'n samenloop kan zich in grofweg twee gevallen voordoen. In de eerste plaats wordt bij de vaststelling van de lengte van de opzegtermijn ook rekening gehouden met het belang van de opdrachtgever, die eruit kan bestaan de overeenkomst direct of binnen een niet al te lange periode te beëindigen, bijvoorbeeld als de overheid een bepaalde economische activiteit verbiedt (zie paragraaf 4.3.2.1).¹⁸⁹ In de tweede plaats kan de opdrachtnemer kosten hebben gemaakt die – vanwege de omstandigheden van het geval – niet tot het normale bedrijfsrisico behoren en om die reden nopen tot de toekenning van een aanvullende (schade)vergoeding (artikel 6:248 lid 1 BW). De enkele omstandigheid dat de opdrachtnemer door de opzegging schade heeft geleden, bijvoorbeeld doordat investeringen nog niet zijn terugverdiend, is daarvoor niet voldoende.¹⁹⁰ Voor de afwenteling van de schade moet daadwerkelijk een rechtsgrond aanwezig zijn om deze schade of een deel daarvan voor rekening van de opdrachtgever te laten komen. Het gedrag van de opdrachtgever kan ertoe leiden dat bepaalde schade van de opdrachtnemer het normale bedrijfsrisico te buiten gaat en laatstgenoemde hierdoor in aanmerking komt voor een vergoeding (artikel 6:248 lid 1 BW).¹⁹¹ Zo kan de opdrachtnemer investeringen hebben gedaan met de gerechtvaardigde

184 Dit blijkt uit HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0291 (*Mattel/Borka*).

185 Ik doel hiermee op HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0291 (*Mattel/Borka*); HR 16 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1234 (*FrieslandCampina e.a./Pensioenfonds Campina*).

186 HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0291 (*Mattel/Borka*); hof Den Haag 3 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2764; HR 16 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1234 (*FrieslandCampina e.a./Pensioenfonds Campina*).

187 HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0291 (*Mattel/Borka*).

188 In de feitenrechtspraak wordt dit systeem niet altijd gevolgd. Zie bijv. rb. 's-Hertogenbosch 3 december 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AO1576, waarin de rechter onderscheid maakte tussen aanpassingsschade en beëindigingsschade.

189 In deze context kan het begrip 'aanvullende (schade)vergoeding' strikt genomen onjuist zijn, aangezien het dus mogelijk is dat de overeenkomst door de opzegging direct haar einde vindt.

190 Zie bijv. rb. Rotterdam 6 mei 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ5770; hof Den Haag 3 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2764; rb. Rotterdam 7 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2707.

191 Vgl. Stein, NJ 1991/742.

gedachte deze te kunnen terugverdienen. Die gerechtvaardigde gedachte kan bijvoorbeeld zijn gestoeld op het feit dat de opdrachtgever op de hoogte was van de investeringen en hij de opdrachtnemer niet voor de opzegging heeft gewaarschuwd of hij de opdrachtnemer zelfs heeft aangespoord deze investeringen te doen en kort daarna, weliswaar met de inachtneming van de opzegtermijn, overgaat tot opzegging van de overeenkomst.¹⁹² Daarbij kan voor zowel de toekenning van zo'n vergoeding als de hoogte daarvan van belang zijn of de opdrachtnemer de door hem gemaakte investeringen elders kan terugverdienen. In dit verband zijn de omstandigheden van het geval relevant, waaronder de economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer (omstandigheid v) en de duur van de samenwerking (omstandigheid vii).¹⁹³ Ten aanzien van een economisch afhankelijke opdrachtnemer die al lange tijd voor de opdrachtgever werkt, ligt het immers minder snel voor de hand dat hij de investeringen op een andere wijze kan terugverdienen, mede omdat de kans groter is dat relatiespecifieke investeringen zijn gedaan.¹⁹⁴ Niettemin volgt uit mijn analyse het algemene beeld dat de opdrachtnemer aan de onderkant slechts in uitzonderlijke gevallen recht op een aanvullende (schade)vergoeding heeft.¹⁹⁵

4.3.3.2 De contractuele (aanvullende) (schade)vergoeding

De opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen contractueel een opzegvergoeding hebben afgesproken of deze mogelijkheid juist hebben uitgesloten. Ik onderscheid hierbij dezelfde drie situaties als bij de contractuele opzegtermijn (zie paragraaf 4.3.2.2): (i) een opzegvergoeding is contractueel geregeld zonder dat de hoogte daarvan is bepaald, (ii) een opzegvergoeding en de hoogte daarvan zijn contractueel geregeld en (iii) een opzegvergoeding is uitgesloten. Wat ik over de contractuele opzegtermijn heb opgemerkt in paragraaf 4.3.2.2, geldt *mutatis mutandis* voor de contractuele opzegvergoeding. Om onnodige herhalingen te voorkomen, verwijs ik voor de bespreking van de contractuele opzegvergoeding naar paragraaf 4.3.2.2. Waar ik in die paragraaf spreek over 'opzegtermijn', 'lang' en 'kort', moet daar in dit kader worden gelezen 'opzegvergoeding', 'hoog' en 'laag'. Als ik voor de vaststelling van de 'lengte' van de 'opzegtermijn' verwijs naar 'paragraaf 4.3.2.1', dient daar in dit verband te worden gelezen dat ik voor de 'hoogte' van de '(aanvullende) (schade)vergoeding' verwijs naar 'paragraaf 4.3.3.1'.

192 Zie bijv. rb. Rotterdam 1 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11968.

193 Valk noemt als omstandigheden die voor (de hoogte van) een aanvullende (schade)vergoeding relevant kunnen zijn: de investeringen die zijn gedaan met het oog op het voortduren van de relatie en nog moeten worden terugverdiend, de situatie na de opzegging, de tijd en kosten die gepaard gaan met de omschakeling in de bedrijfsvoering door de opzegging, de economische afhankelijkheid en de duur van de samenwerking (concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2022:259 voor HR 16 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1234 (*FrieslandCampina e.a./Pensioenfonds Campina*)).

194 Zie in algemene zin bijv. ook rb. Utrecht 1 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5770.

195 Zie bijv. rb. Rotterdam 19 november 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG5694, waarin de rechter 'sprak' over 'bijzondere gevallen'. Zie ook hof Den Haag 3 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2764, waarin het hof overwoog dat het op zichzelf denkbaar is dat "een schadevergoeding wegens dergelijke kosten wordt toegewezen ook wanneer een redelijke opzegtermijn in acht is genomen. Daartoe zal echter alleen reden bestaan, wanneer moet worden geoordeeld dat sprake is van zodanig uitzonderlijke kosten dat deze niet tot het normale bedrijfsrisico behoren."

4.4 Opzegging door de opdrachtgever: een analyse van andere bijzondere regelingen

Het bijzondere verbintenissenrecht (Boek 7 BW) kent – in tegenstelling tot het algemene verbintenissenrecht (Boek 6 BW) – verschillende opzegbepalingen. Naast afdeling 7.7.1 BW (zie paragraaf 4.2) zijn dit soort bepalingen te vinden in de regelingen inzake de aanneming van werk (artikel 7:764 BW), de arbeidsovereenkomst (artikel 7:667 e.v. BW), de agentuurovereenkomst (artikel 7:437 e.v. BW), de huur van een woonruimte (artikel 7:271 e.v. BW) en de huur van een bedrijfsruimte (artikel 7:293 e.v. BW). In de zoektocht naar analogieën met de overeenkomst van opdracht loop ik aantal van deze bepalingen langs.¹⁹⁶ Dit doe ik alleen ten aanzien van de opzegtermijn, die met betrekking tot de overeenkomst van opdracht onduidelijkheden vertoont (zie paragraaf 4.3.2), en de (aanvullende) (schade) vergoeding, die mogelijk tekortschiet in beschermingsperspectief (zie paragraaf 4.3.3). Zo blijven de opzegbevoegdheden uit de verschillende regelingen buiten beschouwing, omdat de opdrachtnemer aan de onderkant in principe niet wordt beschermd tegen de opzegging van de duurovereenkomst van opdracht zelf, en daar goede verklaringen voor bestaan (zie in het bijzonder paragraaf 4.3.1.1). In deze context ga ik alleen in op het BBA, dat een deel van de opdrachtnemers tot 1 juli 2015 beschermd door middel van een preventieve beëindigingstoets (artikel 6 BBA (oud)) (paragraaf 4.4.1). Opvallend hieraan is dat deze bescherming vrij eenvoudig en zonder goed onderbouwde toelichting is afgeschaft. In het kader van de opzegtermijn is in alle opzegregelingen een verband te vinden tussen de lengte van de opzegtermijn en de looptijd van de overeenkomst. Daarnaast lijken de termijnen uit het arbeidsovereenkomstenrecht en agentuurrecht analoog te kunnen worden toegepast op de gevallen waarin de opdrachtgever de duurovereenkomst van opdracht met de opdrachtnemer aan de onderkant opzegt en een redelijke opzegtermijn moet worden bepaald (paragraaf 4.4.2). Ten aanzien van de opzegvergoedingen bieden de verschillende opzegregelingen weinig aanleiding tot analoge toepassing of het heroverwegen van het huidige systeem (paragraaf 4.4.3). Dat komt doordat in veel situaties een goede reden bestaat de opdrachtnemer op dit terrein geen bescherming te verlenen of doordat hij al soortgelijke bescherming geniet.

4.4.1 De opzegbevoegdheid

Uit de verschillende opzegbepalingen van Boek 7 BW leid ik af dat de reden van de opzegging van een bijzondere overeenkomst in principe niet in rechte hoeft te worden getoetst voordat de overeenkomst kan worden opgezegd (zie bijvoorbeeld artikel 7:437 lid 1 en 7:228 lid 2 BW). Uitzonderingen op deze hoofdregel zijn te vinden in het arbeidsovereenkomstenrecht (artikel 7:671a e.v. BW) en het huurrecht ten aanzien van woon- (artikel 7:274 BW) en bedrijfsruimtes (artikel 7:296 BW), die een preventieve toets kennen in de situatie dat de

¹⁹⁶ De behandeling van de verschillende opzegbepalingen geven geen volledig overzicht weer, maar ik bekijk ze uitsluitend door de bril van de overeenkomst van opdracht, meer specifiek de opdrachtnemer aan de onderkant. De onderlinge verhouding tussen deze artikelen laat ik daarom onbesproken, waaronder de op zichzelf interessante en belangrijke vraag of het mogelijk is de verschillende opzegregelingen beter te systematiseren.

werkgever respectievelijk de verhuurder de overeenkomst wil opzeggen.¹⁹⁷ De belangen die bij deze overeenkomsten zijn gemoeid, worden als zodanig gewichtig en precair gezien dat de reden voor de opzegging (desgewenst) in rechte kan worden getoetst ter waarborg van een zorgvuldige beëindiging en ter bescherming van de baan- en woonzekerheid. Met deze voorafgaande toetsing door een derde wordt beoogd de ongelijkheid van zowel de machtspositie als de voorsprong in kennis en deskundigheid tussen partijen in evenwicht te brengen en onrust op de arbeids- en woningmarkt te voorkomen.¹⁹⁸

Ook de opdrachtnemer die als BBA-werknemer kwalificeerde, kende tot 1 juli 2015 de bescherming van een preventieve beëindigingstoets (artikel 6 BBA (oud)).¹⁹⁹ Onder het begrip 'BBA-werknemer' viel niet alleen de werknemer in de zin van artikel 7:610 BW, maar ook de opdrachtnemer die – kort gezegd – persoonlijke arbeid verricht, waarbij deze arbeid niet van bijkomstige aard is en niet voor meer dan twee anderen wordt verricht (artikel 1 sub b onder 2 BBA), hierna te noemen: de BBA-opdrachtnemer.²⁰⁰ Met de invoering van de Wet werk en zekerheid²⁰¹ is de preventieve beëindigingstoets in het BBA vervallen en

197 Deze uitzonderingen zijn gestoeld op het grote maatschappelijke belang van 'werken' en 'wonen' (De Vries, *NJB* 2007/1900). De Vries spreekt in dit kader over woon- en arbeidsbelangen als relevante beschermenswaardige belangen (De Vries 1990, p. 366).

198 De werknemer is voor zijn inkomen afhankelijk van de werkgever, waardoor hij bescherming verdient tegen een willekeurige en onrechtvaardige verbreking van de arbeidsovereenkomst door de sterkere werkgever (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 5 en 22; *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, 3, p. 53). De ratio van de bescherming van de huurder van een woonruimte moet worden gevonden in woonzekerheid, wat wordt aangemerkt als maatschappelijk belangrijke materie (*Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, 3, p. 2; *Kamerstukken II* 2000/01, 26 089, 19, p. 13). De gedachte achter de bescherming van de huurder van een bedrijfsruimte is gelegen in zijn sterke afhankelijkheid t.o.v. zijn vaste klanten, nu hij met het oog daarop moeilijk zijn bedrijf kan verplaatsen naar een andere locatie (*Kamerstukken II* 2000/01, 26 089, 19, p. 53).

199 Deze toets vervulde niet alleen de belangrijke functie als algemene, onafhankelijke toets op een onredelijke opzegging, maar ook als instrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt te beschermen tegen sociaal onrechtvaardig ontslag (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, 3, p. 11).

200 Het doel van het BBA is op den duur veranderd. Dit besluit werd ooit ingevoerd om de arbeidsmarkt te ordenen en te beschermen tegen chaotische arbeidsverhoudingen (Besluit van 5 oktober 1945, *Stb.* 1945, F 214), wat zich met name uitte in de preventie beëindigingstoets (art. 6 BBA (oud)) (Scholtens, *ArA* 2005/3.2). In 2012 overwoog de HR dat het BBA weliswaar nog steeds strekt ter bescherming van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland, maar dat de bescherming van de BBA-werknemer tegen een sociaal ongerechtvaardigd ontslag (nog) meer op de voorgrond is komen te staan (HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8512 (*NUON*)). Het oorspronkelijke doel van de preventieve beëindigingstoets is daarmee gewijzigd (Van Hoek, *TRA* 2012/95). De vraag of bij afd. 7.7.1 BW ook zo'n verschuiving mogelijk is m.b.t. de opdrachtnemer aan de onderkant, moet naar mijn mening ontkennend worden beantwoord. Naast het feit dat de bescherming van de deze opdrachtnemer niet voor niets vooral buiten afd. 7.7.1 BW is te vinden, ligt een daadwerkelijke doelverschuiving naar de bescherming van de opdrachtnemer niet in de lijn der verwachtingen. De reden hiervan is dat het BBA zich vooral onderscheidt van afd. 7.7.1 BW doordat het een zeer specifiek besluit was, terwijl de regeling inzake de opdracht algemeen van aard is. Dit geldt ook voor het bereik van het BBA, omdat dit alleen van toepassing was op de werknemer als bedoeld in art. 7:610 BW en enkele daarmee gelijkgestelden (art. 1 sub 2 BBA). De ruime definitie van de overeenkomst van opdracht brengt een veel grotere verscheidenheid aan partijen mee. Bij zo'n breed spectrum past het niet bescherming voorop te stellen.

201 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216.

verplaatst naar titel 7.10 BW.²⁰² Hierdoor geldt deze toets alleen nog voor de werknemer in de zin van artikel 7:610 BW en niet langer ook voor de BBA-opdrachtnemer.²⁰³

Het beschermingsniveau van de BBA-opdrachtnemer is door de overheveling van de preventieve beëindigingstoets van het BBA naar titel 7.10 BW achteruitgegaan. Daar zijn wellicht gerechtvaardigde redenen voor te bedenken, maar de wetgever heeft deze in mijn ogen onvoldoende genoemd. De toelichting in dit kader luidt als volgt: “Het gevolg daarvan is dat een categorie werkenden die nu wel onder het toestemmingsvereiste van UWV vallen in beginsel niet onder de nieuwe preventieve toets vallen (...). Vrij vertaald zijn dit personen die niet als zelfstandige kunnen worden aangemerkt en die niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst of van wie onduidelijk is of dat het geval is. Het betreft hier een kleine categorie van personen voor wie in de praktijk slechts zeer incidenteel een ontslagvergunning wordt gevraagd. Zoals hiervoor opgemerkt vallen zij ‘in beginsel’ niet onder de preventieve toets. Dit is echter wel het geval als op grond van feiten en omstandigheden moet worden aangenomen dat een persoon werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst of het vermoeden bestaat dat hiervan sprake is (zoals geformuleerd in artikel 7:610a BW) en de werkgever niet aannemelijk kan maken dat dat niet het geval is.”²⁰⁴

De wetgever kan zich niet vinden in de stelling dat de BBA-bescherming voor (schijn) zelfstandigen is komen te vervallen, omdat zij zich veelal kunnen beroepen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst en in het verlengde daarvan op de ontslagbescherming uit titel 7.10 BW.²⁰⁵ Ik meen dat de verplaatsing van de preventieve beëindigingstoets van het BBA naar titel 7.10 BW grotere consequenties heeft meegebracht dan de toelichting doet vermoeden. De BBA-bescherming had namelijk niet alleen betrekking op de werknemer en schijnzelfstandige, maar kon ook gelden voor de ‘echte’ opdrachtnemer. Ook deze opdrachtnemer kan immers persoonlijke arbeid verrichten die niet van bijkomstige aard is en die niet voor meer dan twee anderen wordt verricht (artikel 1 sub b onder 2 BBA), zoals de opdrachtnemer aan de onderkant.²⁰⁶ De wetgever lijkt van de gedachte te zijn uitgegaan dat de werkende, eventueel gesteund door het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW, werknemer is en daardoor de bescherming van de preventieve beëindigingstoets geniet, dan wel dat de werkende geen werknemer is met als gevolg dat deze bescherming ontbreekt.²⁰⁷ Deze denkwijze zou een principiële breuk met de BBA-gedachte zijn, aangezien de bescherming van de BBA-opdrachtnemer is toegekend vanuit de ratio dat hij een met de werknemer vergelijkbare positie inneemt en

202 Aan deze wijziging lag het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 ten grondslag, waarin o.a. was afgesproken het ontslagrecht in één wet te regelen (Sociaal Akkoord 2013, p. 28).

203 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 30.

204 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 30.

205 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 82-83.

206 Volledigheidshalve merk ik op dat de opdrachtnemer aan de onderkant niet altijd voldoet aan het criterium van maximaal twee opdrachtgevers, ondanks het feit dat hij economisch afhankelijk kan zijn. Zo is het mogelijk dat deze opdrachtnemer bij vier opdrachtgevers één uur per week werkzaamheden verricht en dit bij één opdrachtgever vier dagen per week doet. Ook zou het kunnen dat de opdrachtnemer aan de onderkant een schijnzelfstandige is, maar daar ga ik in dit onderzoek niet van uit (zie par. 1.2.3 en 1.2.4).

207 Zie ook Houweling 2021, p. 823.

dat hem daarom preventieve beëindigingsbescherming toekomt.²⁰⁸ Hoewel deze afschaffing aansluit bij het beeld dat volgt uit mijn rechtspraakanalyse, namelijk dat de bescherming van de opdrachtnemer doorgaans moet worden gezocht in de financiële voorwaarden waaronder kan worden opgezegd (zie paragraaf 4.3.1.1),²⁰⁹ vind ik het zeer bedenkelijk hoe gemakkelijk toch vrij wezenlijke bescherming de BBA-opdrachtnemer is ontnomen. Zo'n principiële breuk verdient naar mijn mening een gefundeerdere toelichting dan de enkele verwijzing naar de zeer incidentele aanvragen van de ontslagvergunningen voor deze groep.²¹⁰ Het is nu immers niet duidelijk of de wetgever ofwel meent dat de 'echte' opdrachtnemer de bescherming van een preventieve beëindigingstoets niet behoeft, ofwel de BBA-opdrachtnemer 'eenvoudigweg' is vergeten. Het is in algemene zin belangrijk dat duidelijk is welke overwegingen ten grondslag hebben gelegen aan de keuzes van de wetgever, zodat die overwegingen mede als basis kunnen dienen van de verdere vormgeving van de materiële rechtspositie van de opdrachtnemer aan de onderkant.

4.4.2 De opzegtermijn

De wet reguleert op verschillende plekken een opzegtermijn. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in de regelingen inzake de arbeidsovereenkomst (artikel 7:672 lid 2 en 4 BW), de agentuurovereenkomst (artikel 7:437 lid 1-2 BW) en de huur van een woon- (artikel 7:271 lid 5 sub a-b BW) en bedrijfsruimte (artikel 7:293 lid 2 BW). Bij de aannemingsovereenkomst wordt deze bescherming op een andere manier geboden. In de situatie dat de opdrachtgever en aannemer een (vaste) aanneemsom hebben afgesproken, mag de opdrachtgever de aannemer door de opzegging niet in een slechtere financiële positie brengen;²¹¹ de opdrachtgever is verplicht de prijs voor het gehele werk, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien, te betalen, mits de aannemer het al voltooide werk (feitelijk en – eventueel – juridisch) aflevert (artikel 7:764 lid 2 BW). Deze compensatiewijze ligt ten aanzien van de opdrachtnemer aan de onderkant niet voor de hand, al is het maar omdat deze opdrachtnemer zelden een totale loonsom met de opdrachtgever is overeengekomen.²¹²

208 Dit leid ik af uit het feit dat de preventieve beëindigingstoets niet alleen de belangrijke functie als algemene, onafhankelijke toets op onredelijk ontslag vervult, maar ook als instrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt te beschermen tegen sociaal onrechtvaardig ontslag (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, 3, p. 11). Zie voor een vergelijkbare conclusie Boot, *TRA 2016/44*.

209 Het belang van de opdrachtnemer is veelal louter financieel van aard. Dat belang uit zich in de wens tot inkomensbescherming. Daarmee is de beschermingsgedachte beperkter dan het geval is in het arbeidsovereenkomstenrecht en huurrecht t.a.v. woon- en bedrijfsruimtes, die met de opzegregels beogen baanzekerheid van de werknemer en woonzekerheid van de huurder te garanderen. Bovendien kan zo'n preventieve toets onnodig knellend werken en levert het tegelijkertijd een stevige inbreuk op de contractsvrijheid op.

210 Die constatering is überhaupt opvallend, aangezien veel opdrachtnemers aan de onderkant onder het bereik van het BBA vielen (Boot & Damsteegt concluderen dit t.a.v. zzp'ers (Boot e.a., *De zzp'er (MSR nr. 64) 2014/4.5*). Vermoedelijk speelde dit in de praktijk slechts een summier rol, omdat het bereik van de BBA-bescherming voor opdrachtnemers onduidelijk was. I.p.v. deze afschaffing zou het verduidelijken van dit bereik ook een mogelijkheid zijn geweest.

211 *Kamerstukken II 1992/93*, 23 095, 3, p. 38.

212 In die situatie geldt art. 7:764 lid 2 BW ook niet bij de aannemingsovereenkomst, aangezien dit artikellid alleen ziet op de aannemer die een (vaste) aanneemsom is overeengekomen en niet op de aannemer die op basis van regie afrekent.

De afdeling inzake de opdracht schrijft geen opzegtermijn voor (zie paragraaf 4.2.2).²¹³ Uit mijn rechtspraakonderzoek blijft echter dat bij de opzegging van een duurovereenkomst van opdracht, in beginsel een opzegtermijn in acht moet worden genomen (zie paragraaf 4.3.2.1). Ook in de rechtsliteratuur lijkt dit uitgangspunt te zijn omarmd (zie paragraaf 4.3.2.1). Vanwege de redelijkheid en billijkheid als grondslag van de opzegtermijn (artikel 6:248 lid 1 BW) vertoont de onderzochte rechtspraak een grote verscheidenheid aan wat kwalificeert als redelijke termijn (zie paragraaf 4.3.2.1). Deze verscheidenheid brengt rechtsonzekerheid mee. Een wettelijke verankering van de opzegtermijn bij een duurovereenkomst van opdracht zou die onzekerheid kunnen wegnemen en de rechtspositie van de opdrachtnemer op dit gebied inzichtelijker maken. De opzegtermijn en lengte daarvan vloeien dan immers (in beginsel) voort uit de wet, waardoor deze aanspraak minder afhankelijk wordt van de omstandigheden van het geval en er duidelijkheid ontstaat over de datum waarop de overeenkomst eindigt.²¹⁴

In deze paragraaf concentreer ik mij uitsluitend op de lengte van de opzegtermijn. Daarbij zoek ik naar algemeen geldende aanknopingspunten die van belang kunnen zijn voor de overeenkomst van opdracht. Deze analyse is niet alleen zinvol voor het geval dat een opzegtermijn in de wet wordt verankerd (paragraaf 4.4.2.1), maar kan mogelijk ook leiden tot analoge toepassingen (paragraaf 4.4.2.2).

4.4.2.1 *De verhouding tussen de lengte van de opzegtermijn en de looptijd van de overeenkomst*

Een vergelijking van de verschillende opzegtermijnen uit Boek 7 BW laat zien dat het nadeel van rechtsonzekerheid overal op dezelfde manier wordt aangevlogen: de lengte van de opzegtermijn wordt uitgedrukt in maanden. De opzegtermijn van de werkgever (artikel 7:672 lid 2 BW), principaal (artikel 7:437 lid 1-2 BW) en verhuurder van een woonruimte (artikel 7:271 lid 5 sub b BW) is gerelateerd aan de duur van de overeenkomst. Hierbij geldt: hoe langer de looptijd van de overeenkomst, des te langer bedraagt de in acht te nemen opzegtermijn.²¹⁵ Met de andere omstandigheden van het geval wordt geen rekening gehouden, zoals de economische afhankelijkheid van de opgezegde partij, de investeringen die door hem zijn gedaan of het feit dat de overeenkomst voor bepaalde of

213 Als dit ontbreken wordt vergeleken met de regelingen die dit wel bieden, is een mogelijke verklaring hiervoor dat de arbeidsovereenkomst, de agentuurovereenkomst en de huurovereenkomst met elkaar gemeen hebben dat zij steevast duurovereenkomsten zijn, terwijl de overeenkomst van opdracht zowel een duurovereenkomst als een voorbijgaande overeenkomst kan zijn.

214 T.a.v. de onbenoemde overeenkomst is ook wel gepleit voor het hanteren van vuistregels (Barendrecht & Van Peurseem 1997, p. 154-156; Brink-Van der Meer & Van der Vegt, *Contracteren* 2007/4.3; De Hoon, *NJB* 2010/1062), in het kader van de duurovereenkomst van opdracht ben ik meer voorstander van een wettelijke verankering van de opzegtermijn dan van het hanteren van vuistregels, aangezien een vuistregel is gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid en geen nadere fundering heeft (Van de Pavard 1999, p. 109), m.a.w.: een vuistregel geeft enige rechtszekerheid, maar biedt weinig houvast, terwijl beide partijen daar in dit geval juist bij zijn gebaat.

215 Dit wordt hier en daar ook expliciet in de parlementaire geschiedenis erkend. Zo wordt de duur van de arbeidsovereenkomst als (hét) element van de berekening van de opzegtermijn uitdrukkelijk genoemd in *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, 3, p. 30.

onbepaalde tijd is aangegaan (zie paragraaf 4.3.2.1).²¹⁶ Vanuit de ratio van de opzegtermijn – de opgezegde partij de mogelijkheid bieden zich aan te passen aan de nieuwe situatie – zou dit opmerkelijk kunnen worden genoemd. Het enkele feit dat een overeenkomst lange tijd heeft geduurd, betekent immers niet automatisch dat de aanpassing aan de nieuwe situatie een overeenkomstig lange opzegtermijn vergt. In dit licht plaats ik twee nuanceringen. Ten eerste is het goed denkbaar dat naarmate de overeenkomst langer bestaat, de kans groter is dat de opgezegde partij afhankelijk(er) van de opzeggende partij is geworden,²¹⁷ waardoor de aanpassingstijd doorgaans meer tijd in beslag zal nemen (zie paragraaf 4.3.2.1). Ten tweede kunnen de andere omstandigheden van het geval, die voor de berekening van de lengte van de opzegtermijn dus buiten beschouwing blijven, leiden tot een aanvullende (schade)vergoeding (zie paragraaf 4.3.3.1).²¹⁸

Hoewel de koppeling tussen de lengte van de opzegtermijn en de duur van de overeenkomst ten koste gaat van maatwerk, zou ik bij een eventuele wettelijke verankering van de opzegtermijn ten aanzien van de duurovereenkomst van opdracht dezelfde werkwijze bepleiten en daarmee kiezen voor rechtszekerheid. Het voordeel hiervan is immers dat duidelijkheid wordt verschaft over de lengte van de opzegtermijn en dus over het tijdstip waarop de overeenkomst feitelijk kan worden beëindigd. De opdrachtnemer weet exact waar hij recht op heeft en kan een niet (volledig) in acht genomen opzegtermijn in rechte afdwingen.²¹⁹ Tegelijkertijd is ook voor de opdrachtgever duidelijk welke termijn hij in acht moet nemen. Een wettelijke vastlegging van de opzegtermijn waarbij de lengte slechts afhankelijk is van de duur van de overeenkomst, zou dan ook een versimpeling van de problematiek inhouden.²²⁰ Dit geldt voor de berekeningswijze van de opzegtermijn, die niet meer afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval, alsook voor de keuze een bepaalde termijn in de wet op te nemen, nu een uit de wet voortvloeiende opzegtermijn het vermoeden schept dat deze termijn redelijk en billijk is, zodat partijen waarschijnlijk berusten in deze termijn.²²¹ Dat zou naar mijn mening recht doen aan zowel het belang van de opdrachtgever om de duurovereenkomst te kunnen opzeggen als het belang van de opdrachtnemer om zich te kunnen voorbereiden op de nieuwe situatie die na de beëindiging

216 Dat geen rekening wordt gehouden met het feit of de overeenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd is aangegaan, is vanuit het systeem van beide overeenkomsten bezien niet vreemd, aangezien de arbeidsovereenkomst en de agentuurovereenkomst voor bepaalde tijd op dezelfde manier kunnen worden opgezegd als die voor onbepaalde tijd, mits partijen een tussentijds opzegbeding zijn overeengekomen (art. 7:667 lid 3 resp. art. 7:437 lid 1 BW). Ook de opdrachtgever kan de overeenkomst van opdracht voor bepaalde tijd op dezelfde wijze opzeggen als die voor onbepaalde tijd (art. 7:408 lid 1 BW) (zie par. 4.2.1).

217 Zie in soortgelijke zin Strijbos 1985, p. 13.

218 De grondslag waar ik hierop doel, is de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Ook andere grondslagen kunnen tot zo'n vergoeding leiden, waaronder de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) (zie par. 4.3.3.1).

219 Of de nakoming van de opzegtermijn (art. 3:296 BW), eventueel via een kort geding, tot de mogelijkheden behoort zodra de opzegtermijn in de wet is vastgelegd of dat de opdrachtnemer alleen schadevergoeding kan vorderen (art. 6:74 BW), laat ik hier in het midden (zie par. 4.3.2.3).

220 Dit volgt min of meer ook uit de parlementaire geschiedenis, waarin door de wetgever is opgemerkt dat het stelsel m.b.t. de lengte van de opzegtermijn aanzienlijk is vereenvoudigd: het criterium voor de opzegtermijn is alleen de duur van de overeenkomst (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, 3, p. 30).

221 Strijbos 1985, p. 110.

van de overeenkomst zal intreden. Eventueel zou kunnen worden bepaald dat van de wettelijke opzegtermijn alleen ten voordele van de opgezegde partij kan worden afgeweken.²²² De consequentie hiervan is dat een bepaalde ondergrens is gewaarborgd, maar partijen tegelijkertijd enige ruimte houden om afspraken te maken over bepaalde (ondernemers) risico's. Ook de regelingen inzake de arbeidsovereenkomst, agentuurovereenkomst en huurovereenkomst van een woon- en bedrijfsruimte kennen een dergelijke ondergrens.²²³

4.4.2.2 De analoge toepassing van de wettelijke opzegtermijnen

In de vorige paragraaf heb ik verschillende opzegregelingen onder de loep genomen in het kader van een eventuele wettelijke fixatie van een opzegtermijn bij de duurovereenkomst van opdracht. De opzegtermijnen uit deze regelingen kunnen ook interessant zijn zonder zo'n wettelijke verankering, in die zin dat zij wellicht analoog kunnen worden toegepast op de situatie waarin een redelijke opzegtermijn moet worden vastgesteld (zie paragraaf 4.3.2.1). In de rechtsliteratuur is wel bepleit dat aansluiting zou kunnen worden gezocht bij de termijnen uit het arbeidsovereenkomstenrecht (artikel 7:672 lid 2 BW), voor zover het gaat om een BBA-opdrachtnemer (zie paragraaf 4.4.1), of het agentuurrecht (artikel 7:437 lid 1 BW).²²⁴ Door de afschaffing van de BBA-bescherming per 1 juli 2015, waarin de wetgever nadrukkelijk lijkt te hebben gekozen voor een systeem waarin de werknemer en schijnzelfstandige de arbeidsovereenkomstrechtelijke opzeggingsbescherming genieten en de 'echte' opdrachtnemer niet (zie paragraaf 4.4.1), is het de vraag of het naar analogie toepassen van het arbeidsovereenkomstenrecht ten aanzien van niet-werknemersverhoudingen nog een optie is. Onder omstandigheden zie ik daar zeker aanleiding toe, in het bijzonder ten aanzien van de opdrachtnemer aan de

222 Omdat ik in dit onderzoek uitsluitend inga op de opzegging door de opdrachtgever, laat ik de onderlinge verhouding tussen de opzegtermijn van partijen onbesproken. Een voorbeeld van een regel die ik om die reden expliciet links laat liggen, is de regel dat de opzegtermijn van de werknemer, handelsagent en huurder van een woonruimte niet langer mag zijn dan die van de werkgever (art. 7:672 lid 8-9 BW) resp. principaal (art. 7:437 lid 2 BW) en verhuurder van een woonruimte (art. 7:271 lid 5-7 BW).

223 Zo kan de wettelijke opzegtermijn van de werkgever en verhuurder van een woon- en bedrijfsruimte contractueel alleen worden verlengd (art. 7:672 lid 2 jo. lid 7 resp. art. 7:271 lid 5 sub b jo. lid 7 en art. 7:293 lid 2 jo. art. 7:291 lid 1 jo. lid 3 BW). Een verkorting van de opzegtermijn van de werkgever is slechts mogelijk bij cao of een publiekrechtelijke regeling (art. 7:672 lid 7 BW) (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, 3, p. 12). De verhuurder van een bedrijfsruimte kan op zijn beurt ten nadele van de huurder afwijken als de rechter dit goedkeurt (art. 7:291 lid 2 BW) (*Kamerstukken II* 1966/67, 8875, 3, p. 8). Deze goedkeuring wordt alleen verleend indien het afwijkende beding de uit afd. 7.4.6 BW voortvloeiende rechten van de huurder niet wezenlijk aantast of diens maatschappelijke positie in vergelijking met die van de verhuurder zodanig is dat hij de bescherming van de laatstgenoemde afdeling in redelijkheid niet nodig heeft (art. 7:291 lid 3 BW). Voor de opzegtermijn van de principaal geldt dat contractuele afspraken daaromtrent mogelijk zijn, maar dat de opzegtermijn niet korter mag zijn dan één maand in het eerste jaar van de overeenkomst, twee maanden in het tweede jaar en drie maanden in de volgende jaren (art. 7:437 lid 2 jo. 7:445 lid 1 BW).

224 Trap, *ArbeidsRecht* 1998/51; Van der Pijl, *ArbeidsRecht* 1999/57; Houweling 2021, p. 830. De door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn bedraagt overigens gedurende de eerste vijf jaar van de arbeidsovereenkomst één maand, welke termijn voor iedere opvolgende periode van vijf jaar met één maand wordt verlengd totdat het maximum van vier maanden is bereikt (art. 7:672 lid 2 BW). Die van de principaal is vier maanden, vermeerderd met een maand na drie jaren looptijd van de overeenkomst en met twee maanden na zes jaren (art. 7:437 lid 1 BW).

onderkant.²²⁵ Deze opdrachtnemer vertoont namelijk gelijkenissen met de afhankelijke positie van de werknemer. Dit geldt ook voor de agentuurovereenkomst, die een species van het genus van de overeenkomst van opdracht vormt en waarvan de juridische positie van de handelsagent in veel gevallen te vergelijken is met die van de opdrachtnemer aan de onderkant, aangezien zij beiden niet in een gezagsverhouding tegen loon arbeid verrichten, maar veelal toch in (economische) afhankelijkheid verkeren ten opzichte van hun wederpartij.²²⁶ Bovendien ziet de analoge toepassing 'slechts' op de lengte van de opzegtermijn en niet op het ontstaan van dat recht, nu dit recht volgt uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) (zie paragraaf 4.3.2.1). Oftewel: ten aanzien van de opgezegde opdrachtnemer aan de onderkant ligt het naar mijn overtuiging in de rede dat voor de vaststelling van de lengte van de uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende opzegtermijn van de opdrachtgever, een parallel kan worden getrokken met de termijnen uit het arbeidsovereenkomstenrecht of het agentuurrecht.²²⁷

4.4.3 De opzegvergoeding

De opdrachtnemer komt slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking voor een 'opzegvergoeding', een zogenoemde aanvullende (schade)vergoeding (zie paragraaf 4.3.3.1). Verschillende bijzondere regelingen kennen in dit kader enkele uitzonderingen, zoals de transitievergoeding in het arbeidsrecht (artikel 7:673 BW) en de klantenvergoeding bij agentuur (artikel 7:442 BW). Hieronder licht ik – zonder volledigheid te beogen – beknopt toe waarom het naar mijn oordeel niet gerechtvaardigd is een van deze uitzonderingen analogisch toe te passen op de opdrachtnemer aan de onderkant. Kort gezegd komt het erop neer dat de opdrachtnemer al soortgelijke bescherming geniet of dat er een goede reden bestaat dat de opdrachtnemer deze bescherming mist.

De werknemer heeft bij de opzegging door de werkgever in beginsel recht op een wettelijke forfaitaire ontslagvergoeding, de zogenoemde transitievergoeding (artikel 7:673 lid 1 BW). Deze vergoeding is bedoeld ter compensatie van het ontslag van de werknemer én om de werknemer in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.²²⁸ Deze dubbele doelstelling past niet bij de overeenkomst van opdracht, aangezien zowel de opzegging zelf als het vinden van nieuwe opdrachten onderdeel uitmaakt van het normale bedrijfsrisico van de opdrachtnemer. Verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever speelt overigens voor het recht op de transitievergoeding geen rol. Wel kan ernstig

²²⁵ Ik zou het zelfs niet vreemd vinden als deze opdrachtnemer aanspraak heeft op een langere opzegtermijn dan de werknemer, nu laatstgenoemde ook andere (opzeggings)bescherming geniet, zoals een transitievergoeding (art. 7:673 BW).

²²⁶ Waar de handelsagent een vaste relatie met de principaal heeft, heeft de opdrachtnemer met een duurovereenkomst die doorgaans met de opdrachtgever. Zie in vergelijkbare zin Boot 2005, p. 44, 45 en 152.

²²⁷ Zo'n analoge toepassing hoeft overigens niet per definitie tot een billijke uitkomst te leiden. Ook als wordt aangesloten bij deze termijnen, kan de lengte van de opzegtermijn in bepaalde gevallen bijv. te kort zijn. De reden hiervan kan zijn gelegen in het feit dat de werknemer en handelsagent op andere manieren inkomenszekerheid wordt geboden, zoals via een transitievergoeding (art. 7:673 BW) (zie par. 4.4.3) en een WW-uitkering resp. een klantenvergoeding (art. 7:442) (zie par. 4.4.3).

²²⁸ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, 3, p. 34 en 38; *Kamerstukken II 2018/19*, 35 074, 3, p. 53.

verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever leiden tot een compensatie voor dat gedrag in de vorm van een billijke vergoeding,²²⁹ die in uitzonderlijke gevallen naast de transitievergoeding kan bestaan en in zoverre lijkt op de aanvullende (schade)vergoeding (zie paragraaf 4.3.3.1).²³⁰ Zo'n billijke vergoeding wordt met betrekking tot de overeenkomst van opdracht om twee redenen niet gemist. In de eerste plaats kan de aanvullende (schade)vergoeding de opdrachtnemer al dergelijke bescherming bieden.²³¹ In de tweede plaats zijn de omstandigheden die kunnen leiden tot een billijke vergoeding zodanig verbonden met het ontslagstelsel dat een analoge toepassing onlogisch voorkomt.²³²

De regelingen inzake de agentuurovereenkomst en huur van een bedrijfsruimte kennen beide als het ware 'goodwillvergoedingen' (artikel 7:442 lid 1 respectievelijk artikel 7:308 lid 1 BW).²³³ De handelsagent kan aanspraak maken op een vergoeding voor het voordeel dat de principaal na het einde van de overeenkomst nog heeft van de door de handelsagent verrichte werkzaamheden (artikel 7:442 lid 1 BW),²³⁴ terwijl de huurder van een bedrijfsruimte recht heeft op een vergoeding indien de verhuurder bij het einde van de huur een bepaald voordeel geniet (artikel 7:308 lid 1 BW).²³⁵ Zo'n vergoeding past niet bij het huidige stelsel, waarin de opdrachtnemer via een opzegtermijn de tijd wordt geboden zich aan te passen aan de nieuwe situatie die na de beëindiging van de overeenkomst zal intreden (zie paragraaf 4.3.2.1), eventueel aangevuld met een (schade)vergoeding voor bijvoorbeeld de gerechtvaardigd gedane investeringen die nog niet (kunnen) zijn

229 De billijke vergoeding is op verschillende plaatsen geregeld (zie o.a. art. 7:671b lid 9 sub c en lid 10 sub b, art. 7:673 lid 9 sub a-b, art. 7:681 lid 1, art. 7:682 lid 1 sub b-c en art. 7:683 lid 3 BW).

230 Niet voor niets wordt ook wel gesproken over de 'additionele billijke vergoeding' (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 34, 41, 81, 83, 92, 108, 113 en 120). Dat deze vergoeding alleen in uitzonderlijke gevallen moet worden toegekend, blijkt o.a. uit *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 33, 34, 108 en 113.

231 De grondslag zal in dit geval veelal niet bestaan uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), maar uit de onrechtmatige daad van de opdrachtgever (art. 6:162 BW).

232 Hierbij kan worden gedacht aan laakbaar gedrag van de werkgever, waardoor een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan die uiteindelijk tot het ontslag heeft geleid (zie voor meer voorbeelden *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 34).

233 Het huurrecht biedt de huurder van een woon- en bedrijfsruimte verder alleen in bijzondere gevallen een vergoeding bij de opzegging door de verhuurder, bijv. als de wil om het verhuurde persoonlijk in duurzaam gebruik te nemen, wat een grond voor opzegging vormt, in werkelijkheid niet aanwezig blijkt te zijn geweest (art. 7:276 lid 1 en 3 resp. art. 7:299 lid 1 en 3 BW). Nu de opdrachtgever in beginsel geen grond dient te hebben om de overeenkomst van opdracht op te kunnen zeggen (art. 7:408 lid 1 BW), kan hier geen parallel worden getrokken.

234 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 842, 3, p. 8. Hierbij valt te denken aan het geval waarin de handelsagent de principaal klanten heeft aangebracht of hij overeenkomsten met bestaande klanten aanmerkelijk heeft uitgebreid, waarbij deze handelingen de principaal na het einde van de overeenkomst nog aanzienlijke voordelen oplevert en waarbij het betalen van een vergoeding, gelet op alle omstandigheden, billijk is (HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865 (*T-Mobile/Klomp*)).

235 *Kamerstukken II* 1966/67, 8875, 3, p. 9. Hierbij moet worden gedacht aan de situatie dat in het pand een goed lopend bedrijf zat en de verhuurder het pand daardoor beter kan verhuren aan een huurder die er een soortgelijk bedrijf in wil vestigen, dan wel dat de verhuurder zelf een gelijksoortig bedrijf begint en hierbij voordeel geniet van bijv. geringe aanloopkosten, het vanaf het begin beschikken over een geregelde klantenkring en het kunnen voortbouwen op of uitbouwen van de reputatie en het vertrouwen van het bedrijf (HR 18 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6787 (*Zeezicht I*)).

terugverdiend (zie paragraaf 4.3.3.1).²³⁶ In dit stelsel is het aanknopingspunt de positie van de opdrachtnemer aan de onderkant en – in mijn voorbeeld – de door hem gedane investeringen. Bij een goodwillvergoeding zou vanuit de tegenovergestelde positie worden gekeken: het profijt dat de opdrachtgever heeft van die investeringen. Als beide stelsels naast elkaar worden gebruikt, dreigt het gevaar dat de opdrachtnemer mogelijk dubbel wordt gecompenseerd, iets wat de Hoge Raad juist heeft geprobeerd te vermijden door aan de aanvullende (schade)vergoeding de eis te stellen dat de opdrachtnemer door de opzegtermijn niet al voldoende is gecompenseerd (zie paragraaf 4.3.3.1).²³⁷

De regeling inzake aanneming van werk kent geen aanvullende (schade)vergoeding, maar beschermt de aannemer die een (vaste) aanneemsom is overeengekomen door te bepalen dat de aannemer door de opzegging van de opdrachtgever niet in een slechtere financiële positie mag worden gebracht (artikel 7:764 lid 2 BW).²³⁸ Dit systeem ligt niet voor de hand ten aanzien van de duurovereenkomst van opdracht (zie paragraaf 4.4.2).

4.4.4 Afrondende bevindingen

De analyse van de verschillende opzegregelingen heeft een aantal bevindingen opgeleverd. De toelichting op het verplaatsen van de preventieve beëindigingstoets van het BBA naar titel 7.10 BW, waardoor een deel van de opdrachtnemers niet langer deze bescherming genieten, laat twijfel bestaan over de daadwerkelijke bedoeling van de wetgever. Dat leidt er niet zozeer toe dat onduidelijk is of de opdrachtnemer aan de onderkant nog een beroep kan doen op deze bescherming (dat is namelijk niet het geval), maar wel of de wetgever de opdrachtnemer aan de onderkant is ‘vergeten’ of dat hij vindt dat deze opdrachtnemer in dit kader geen bescherming verdient. Dat laatste zou betekenen dat de wetgever de opzegging door de opdrachtgever als normaal bedrijfsrisico ziet voor alle opdrachtnemers, dus ook de opdrachtnemer aan de onderkant.

De bestudering van de wijze waarop de verschillende opzegregelingen met de opzegtermijn omgaan, hebben relevante inzichten verschaft in wat wel en wat niet als redelijke opzegtermijn kan kwalificeren in de zin van artikel 6:248 lid 1 BW. In de eerste plaats tonen de verschillende opzegregelingen een gelijkennis tussen de lengte van de opzegtermijn en de looptijd van de overeenkomst. Daarbij is specifiek gekozen voor rechtszekerheid boven maatwerk, welke lijn ik ook zou volgen als een opzegtermijn voor de duurovereenkomst van opdracht in de wet wordt vastgelegd. Ook op dit moment – en dus zonder wettelijke aanpassing – kunnen de termijnen uit het arbeidsovereenkomstenrecht en het agentuurrecht van belang zijn voor de overeenkomst van opdracht, omdat zij naar mijn overtuiging analoog kunnen worden toegepast op de gevallen waarin de opdrachtgever de duurovereenkomst van opdracht met de opdrachtnemer aan de onderkant opzegt en een redelijke opzegtermijn moet worden bepaald.

²³⁶ De bescherming van de aanvullende (schade)vergoeding kan worden ontleend aan de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) of de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Zie min of meer ook Pitlo/Croes e.a. 1995, p. 238.

²³⁷ HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0291 (*Mattel/Borka*).

²³⁸ *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, 3, p. 38.

Ten aanzien van de opzegvergoedingen heb ik de verscheidene opzegregelingen bekeken en daar vrij weinig uitgehaald. Dat houdt verband met het feit dat in veel gevallen een goede reden bestaat waarom de opdrachtnemer de bescherming op dit terrein mist of met de simpele reden dat hij al soortgelijke bescherming geniet.

4.5 Schematisch overzicht beschermingsniveau en toelichting

Hieronder zal ik schematisch de aanvullende verbintenrechtelijke bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van het thema opzegging inzichtelijk maken. Die aanvullende bescherming geef ik vervolgens een beoordeling. Die beoordeling vindt plaats aan de hand van het door mij ontwikkelde toetsingskader en kent drie niveaus: een 'laag beschermingsniveau',²³⁹ een 'gemiddeld beschermingsniveau'²⁴⁰ en een 'hoog beschermingsniveau'²⁴¹ (zie paragraaf 1.3.1).

Tabel 3. 'Beschermingsniveau opzegging'

	Bescherming alle opdrachtnemers	Bescherming titel 7.10 BW	Aanvullende bescherming opdrachtnemer aan de onderkant	Korte verklaring	(Mogelijk) knelpunt voor opdrachtnemer aan de onderkant
Opzegbevoegdheid	/	Reden opzegging van werkgever wordt in principe vooraf in rechte getoetst	Laag	Opzegbevoegdheid van opdrachtgever wordt zelden ingeperkt	/
Opzegtermijn	/	Recht op opzegtermijn	Hoog	Bij duurovereenkomst in de regel recht op opzegtermijn	Recht op opzegtermijn kan contractueel worden uitgesloten of beperkt

239 Daaronder versta ik: het verbintenissenrecht biedt niet of nauwelijks afwijkende bescherming ten opzichte van de afdeling inzake de opdracht (afd. 7.7.1 BW) en de algemene bepalingen uit Boek 6 BW die geen open norm kennen.

240 Dat wil zeggen: de verbintenrechtelijke bescherming zit tussen die uit de afdeling inzake de opdracht (afd. 7.7.1 BW) en de algemene bepalingen uit Boek 6 BW die geen open norm kennen (laag beschermingsniveau) en de regeling inzake de arbeidsovereenkomst (titel 7.10 BW) (hoog beschermingsniveau) in.

241 Daarmee bedoel ik: de verbintenrechtelijke bescherming is meer dan, gelijk aan of komt in de buurt van die uit de regeling inzake de arbeidsovereenkomst (titel 7.10 BW).

	Bescherming alle opdrachtnemers	Bescherming titel 7.10 BW	Aanvullende bescherming opdrachtnemer aan de onderkant	Korte verklaring	(Mogelijk) knelpunt voor opdrachtnemer aan de onderkant
Opzegvergoeding (loon na opzegging en aanvullende (schade) vergoeding)	Recht op het in redelijkheid vast te stellen deel van het loon of het volle loon na opzegging Aanvullende (schade) vergoeding: /	Recht op loon tot datum uitdiensttreding Recht op transitievergoeding	Laag	Niet vaak recht op (aanvullende) (schade)vergoeding bij opzegging	Recht op loon na opzegging kan contractueel worden uitgesloten of beperkt

Een korte verklaring van tabel 3 volgt hierna. Na deze toelichting maak ik een 'eindbeoordeling' van het aanvullende verbintenisrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van het thema opzegging.

Opzegbevoegdheid

De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan meebrengen dat de bevoegdheid van de opdrachtgever om de duurovereenkomst te kunnen opzeggen, wordt ingeperkt (artikel 6:248 lid 1 BW) (zie paragraaf 4.3.1.1). Aan die opzegging kan namelijk de eis van een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging worden verbonden. Uit onder andere mijn rechtspraakonderzoek trek ik – met enige voorzichtigheid – de conclusie dat de opdrachtnemer slechts onder uitzonderlijke situaties wordt beschermd tegen de opzegging zelf, nu de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever zelden wordt beperkt (zie paragraaf 4.3.1.1). Het beschermingsniveau van de opdrachtnemer tegen de opzegging zelf heb ik daarom als 'laag' aangeduid. Daarmee zeg ik niet dat ik ook een knelpunt heb geïdentificeerd. Er bestaan namelijk goede argumenten waarom de bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant doorgaans moet worden gezocht in de financiële voorwaarden waaronder kan worden opgezegd en niet in (de beperking van) de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever (zie paragraaf 4.3.1.1). Het beschermingsniveau 'laag' betekent dus niet automatisch dat er te weinig bescherming is.

Opzegtermijn

De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan meebrengen dat de opdrachtgever verplicht is een opzegtermijn in acht te nemen als hij de duurovereenkomst van opdracht wil opzeggen (artikel 6:248 lid 1 BW) (zie paragraaf 4.3.2.1). Sterker nog,

uit mijn analyse van de feitenrechtspraak lijkt te volgen dat dit het uitgangspunt is (zie paragraaf 4.3.2.1). De lengte van de opzegtermijn moet ook worden bepaald aan de hand van de eisen van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) (zie paragraaf 4.3.2.1). Dat kan zelfs meebrengen dat deze termijn langer is dan de opzegtermijn die de opzeggende werkgever in acht moet nemen (artikel 7:672 lid 2 BW), omdat de lengte daarvan uitsluitend is gekoppeld aan de duur van de overeenkomst en andere omstandigheden van het geval bij de vaststelling van deze lengte niet kunnen worden meegenomen (zie paragraaf 4.4.2). Anders gezegd: de opgezegde opdrachtnemer kan onder omstandigheden worden beschermd door een langere opzegtermijn dan de opgezegde werknemer.²⁴² Dat leidt tot de beoordeling 'hoog beschermingsniveau'. Niettemin bestaat er in dit kader een mogelijk knelpunt: het recht op een opzegtermijn kan contractueel worden uitgesloten of beperkt (zie paragraaf 4.4.2.1).

Opzegvergoeding

De opzegvergoeding valt in dit onderzoek uiteen in het recht op loon en een (aanvullende) (schade)vergoeding. Met betrekking tot het recht op loon volgt enige bescherming uit de regeling inzake de opdracht: de opgezegde opdrachtnemer kan aanspraak maken op het in redelijkheid vast te stellen deel van het loon (artikel 7:411 lid 1 BW) of het volle loon (artikel 7:411 lid 2 BW) (zie paragraaf 4.2.3.1). Aanvullende bescherming wordt in dit kader niet geboden. Dat lijkt ook niet noodzakelijk, maar het gevaar dat in dit verband schuilt, is dat partijen een van artikel 7:411 BW afwijkende afspraak over de verschuldigdheid van loon bij opzegging kunnen overeenkomen ten nadele van de opdrachtnemer. Het regelende karakter van artikel 7:411 BW beschouw ik als mogelijk knelpunt (zie paragraaf 4.2.3.1). Ten aanzien van de (aanvullende) (schade)vergoeding geldt dat deze uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien (artikel 6:248 lid 1 BW), al komt de opdrachtnemer daar niet vaak voor in aanmerking (zie paragraaf 4.3.3.1). Toch zie ik dit niet als knelpunt. Bij de vaststelling van de lengte van de opzegtermijn wordt namelijk rekening gehouden met de redelijkheid en billijkheid (zie paragraaf 4.3.3.1), waardoor de opzegtermijn de opdrachtnemer in principe voldoende compenseert en een (aanvullende) (schade)vergoeding meestal niet nodig is om recht te doen aan de feitelijke situatie (zie paragraaf 4.3.3.1). Pas als partijen een opzegtermijn en de lengte daarvan zijn overeengekomen (zie paragraaf 4.3.2.2) of zich uitzonderlijke gevallen voordoen, lijkt de opdrachtnemer voor zo'n vergoeding in aanmerking te komen (zie paragraaf 4.3.3.1). Al met al etiketteer ik het aanvullende beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant op het gebied van de opzegvergoeding als 'laag', omdat de bepaling over het recht op loon na opzegging – en daarmee de bescherming die daaruit voortvloeit – geldt voor alle opdrachtnemers en omdat de opdrachtnemer aan de onderkant slechts sporadisch aanspraak kan maken op een (aanvullende) (schade)vergoeding.

Eindoordeel thema opzegging

De beschermingsniveaus op de deelterreinen opzegging heb ik twee keer als 'laag' en één keer als 'hoog' bestempeld. Een logisch gevolg daarvan zou zijn dat mijn eindbeoordeling

²⁴² Dat wil uiteraard niet zeggen dat de opdrachtnemer ook daadwerkelijk beter wordt beschermd dan de werknemer. De werknemer geniet immers ook andere (opzeggings)bescherming, zowel tegen de opzegging zelf als financieel gezien.

van het thema opzegging zou uitkomen op een 'gemiddeld beschermingsniveau' dat ietwat naar 'laag' neigt. Hoewel ik op het eindoordeel 'gemiddeld' uitkom, zou ik – om een vertekend beeld te voorkomen – niet willen zeggen dat het beschermingsniveau naar 'laag' neigt. Dat hangt mede samen met het feit dat ik 'slechts' twee mogelijke knelpunten heb ontdekt, beide bestaande uit de vrijheid die partijen hebben bepaalde bescherming weg te contracteren.

4.6 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de opzegging van de opdrachtgever centraal. Afdeling 7.7.1 BW biedt de opdrachtnemer in dit kader alleen een bepaalde bescherming op het recht op loon na opzegging: de opdrachtnemer kan recht hebben op een in redelijkheid vast te stellen deel van het loon of – in uitzonderingsgevallen – het volle loon (artikel 7:411 BW). Anders dan op de thema's loon (met artikel 2 lid 2 aanhef en sub b WML) en aansprakelijkheid (met artikel 7:658 lid 4 BW) kent het thema opzegging geen bijzondere regel die van toepassing is verklaard op een deel van de opdrachtnemers.²⁴³ Voor de (overige) opzeggingsbescherming van de opdrachtnemer komt het daarom doorgaans aan op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW).²⁴⁴ Uit mijn rechtspraakanalyse volgt dat de opdrachtnemer vooral wordt beschermd ten aanzien van de financiële afwikkeling van de opzegging, vaak in de vorm van een opzegtermijn. Pas als een opzegtermijn, eventueel aangevuld met een (schade)vergoeding, de opdrachtnemer niet de compensatie kan bieden die hij in een concreet geval verdient, kan aan de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever de eis van een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging worden verbonden. Naast het feit dat voor de opzegging van de opdrachtgever slechts in bijzondere gevallen zo'n grond dient te bestaan, maakt dit een aantal zaken duidelijk. Zo moet de opzegbaarheid van de overeenkomst zelf worden onderscheiden van de financiële gevolgen daarvan, waaronder ik mede de opzegtermijn schaar. Ook leid ik hieruit af dat voor de vraag of sprake is van een redelijke opzegging, moet worden gekeken naar de verschillende opzegmodaliteiten, die tot op zekere hoogte fungeren als communicerende vaten.²⁴⁵ In meer algemene zin heeft dit hoofdstuk drie bevindingen opgeleverd.

In de eerste plaats toont het algemene verbintenissenrecht zijn beschermende functie voor de gevallen waarin dit (structureel) nodig wordt geacht. De bescherming van de opgezegde opdrachtnemer wordt bij de duurovereenkomst in de regel namelijk aangevuld met in

²⁴³ Dat was tot 1 juli 2015 overigens wel het geval (art. 6 BBA (oud)) (zie par. 4.4.1).

²⁴⁴ Hoewel afd. 7.7.1 BW van regeland recht is en opzeggingsbescherming dus ook uit het contract kan volgen, behoort het afdwingen van dergelijke bescherming hooguit tot de mogelijkheden voor een enkele opdrachtnemer aan de onderkant; voor het overgrote merendeel is dit geen reëel perspectief.

²⁴⁵ Zo maakt een (langere) opzegtermijn of een (hogere) (aanvullende) (schade)vergoeding de opzegging eerder redelijk. Ook blijkt dit uit het feit dat de reden van de opzegging en de eventueel aangeboden (schade)vergoeding de lengte van de opzegtermijn beïnvloeden. Bovendien wordt de aanvullende (schade)vergoeding zelden toegekend, omdat de opzegtermijn en deze vergoeding worden gezien als twee zijden van dezelfde medaille. Om die reden kan de opdrachtnemer slechts in aanmerking komen voor deze vergoeding indien de opzegtermijn hem niet in voldoende mate heeft gecompenseerd.

ieder geval een opzegtermijn (artikel 6:248 lid 1 BW).²⁴⁶ Via deze weg kan de opdrachtnemer meestal voldoende compensatie worden geboden zonder dat het ingrijpendere middel van de inperking van de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever moet worden aangewend. Hoewel de opzegbevoegdheid van de opdrachtgever zelden wordt ingeperkt en de opdrachtnemer doorgaans niet in aanmerking komt voor een aanvullende (schade) vergoeding bij opzegging, heb ik het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant geclassificeerd als 'gemiddeld' vanwege enerzijds de bescherming die de opzegtermijn biedt en anderzijds het feit dat ik in deze context weinig knelpunten heb kunnen vinden. In dat laatste kader heb ik alleen gewezen op het contractueel kunnen beperken of uitsluiten van bepaalde bescherming. Daarbij valt te denken aan een afwijkende afspraak over het recht op loon na opzegging ten nadele van de opdrachtnemer aan de onderkant en het uitsluiten van een opzegtermijn voor de opdrachtgever, waardoor de opdrachtnemer aan de onderkant deze bescherming misloopt.

In de tweede plaats is de achterliggende gedachte van de wijze waarop het verbintenisrecht de opgezegde opdrachtnemer aan de onderkant beschermt, gelegen in het belang dat bij opzegging speelt. Daarbij wordt rekening gehouden met de individuele belangen van beide partijen. De ruime opzegbevoegdheid van de opdrachtgever hangt samen met de aard van de duurovereenkomst van opdracht zelf: de opdrachtgever is in principe vrij op welke manier hij zijn belangen behartigd wil zien worden en moet niet gedwongen kunnen worden de door hem bedongen prestatie te aanvaarden. De bestaanszekerheid van de opgezegde opdrachtnemer komt echter in het geding als hij geen enkele vorm van inkomensbescherming (opzegtermijn of opzegvergoeding) zou genieten. Via een opzegtermijn wordt de opdrachtnemer een zekere tijd gegeven zich (financieel) aan te passen aan de nieuwe situatie. Daaraan hebben in de regel alle opdrachtnemers behoefte, gezien het belang dat hiermee is gemoeid. Zonder opzegtermijn zou namelijk de enige of hoofdzakelijke inkomstenbron direct kunnen wegvallen zonder dat hij de tijd krijgt geboden te zoeken naar alternatieven, wat voor alle opdrachtnemers als onwenselijk wordt gezien. Uit het voorgaande maak ik op dat de opzegging van de duurovereenkomst van opdracht door de opdrachtgever in zijn algemeenheid tot het normale ondernemersrisico van de opdrachtnemer behoort. Dat valt niet alleen af te leiden uit de ruime opzegbevoegdheid van de opdrachtgever, maar ook uit de bescherming die meestal uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid voortvloeit (artikel 6:248 lid 1 BW). Weliswaar wordt het onmiddellijk wegvallen van de opdracht (en de daaruit gegenereerde inkomsten) niet tot het normale ondernemersrisico van de opdrachtnemer gerekend, maar een opzegtermijn compenseert 'slechts' een bepaalde overgangstermijn. Dit geldt eveneens als zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die leiden tot een aanvullende (schade)vergoeding, nu ook die vergoeding in principe niet alle nadelige gevolgen van de opzegging wegneemt.

246 Deze aanvulling vormt allerminst een inbreuk op de contractsvrijheid, aangezien de redelijkheid en billijkheid rechtsgevolgen in het leven roept die passen bij wat de opdrachtgever en opdrachtnemer hebben afgesproken. Het is immers vereist dat zowel een leemte in de (wettelijke of contractuele) opzegregeling bestaat als dat de rechtsverhouding tussen partijen aanvulling behoeft. Bovendien is het nog altijd mogelijk dat partijen het risico van de onmiddellijke beëindiging door de opdrachtgever anders verdelen en deze bijv. verdisconteren in het tarief van de opdrachtnemer.

In de derde plaats lijkt de opzeggingsbescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant in essentie gelijk met die van de andere opdrachtnemers. Het zelden inperken van de ruime opzegbevoegdheid van de opdrachtgever is niet gerelateerd aan de grootte van partijen, hun onderlinge economische afhankelijkheid of het tarief van de opdrachtnemer, maar aan de aard van de overeenkomst van opdracht. Tegelijkertijd is de rechtvaardiging van de (financiële) opzeggingsbescherming van de opdrachtnemer verbonden aan de gevolgen van de opzegging, die voor alle opdrachtnemers ingrijpend kunnen zijn en waarvoor de opdrachtnemer een redelijke mogelijkheid moet worden geboden zich voor te bereiden op de nieuwe situatie die na de beëindiging van de overeenkomst zal intreden. Anders gezegd: de opdrachtnemer aan de onderkant en de economisch onafhankelijke opdrachtnemer die een hoog tarief in rekening brengt, worden zelden beschermd tegen de opzegging van de opdrachtgever zelf, terwijl zij beiden in beginsel wel de bescherming van een opzegtermijn ontvangen. De differentiatie die aan de hand van de hoedanigheid van partijen plaatsvindt, ziet niet zozeer op het wel of niet in aanmerking komen voor een bepaald recht, maar meer op de daadwerkelijke invulling van dat recht. Een voorbeeld is de economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer, die mee kan brengen dat de opdrachtgever een langere opzegtermijn in acht moet nemen, maar er in beginsel niet toe leidt dat de opdrachtnemer wordt beschermd tegen de opzegging zelf of hem recht geeft op een (aanvullende) (schade)vergoeding.

HOOFDSTUK 5

Conclusie

5.1 Inleiding

Met dit onderzoek wil ik een bijdrage leveren aan het debat over het beschermingsniveau van de opdrachtnemer. De focus lag in deze studie op de (niet-particuliere) opdrachtnemer aan de onderkant, die hoofdzakelijk door middel van zijn eigen arbeid tegen een laag tarief zelf (in persoon) diensten verricht en veelal economisch afhankelijk is van één (niet-particuliere) opdrachtgever. Centraal stond het beschermingsniveau van deze opdrachtnemer ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging, die alle drie verband houden met zijn bestaanszekerheid. In die context heb ik ieder thema in een apart hoofdstuk behandeld en de verschillende regels en achtergronden op het desbetreffende terrein geanalyseerd. Dat heeft verschillende indicaties opgeleverd over het verbintenisrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant. Een herhaling van deze separate bevindingen laat ik achterwege. Toch komt in dit afsluitende hoofdstuk enige overlap voor, omdat het verbinden van de verschillende bevindingen noodzakelijk is voor de beantwoording van de deelvragen (paragraaf 5.2) en uiteindelijk de centrale onderzoeksvraag (paragraaf 5.3). In het eerste hoofdstuk heb ik die centrale vraag als volgt geformuleerd:

In hoeverre en op welke gronden kan het verbintenisrecht binnen de huidige kaders de opdrachtnemer aan de onderkant bescherming bieden ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging?

5.2 Beantwoording van de deelvragen

De centrale vraag is uiteengevallen in drie deelvragen, die mij de mogelijkheid hebben geboden de centrale vraag te onderzoeken. Hierna zal ik deze deelvragen stukgewijs beantwoorden om vervolgens een antwoord te kunnen formuleren op de centrale onderzoeksvraag.

5.2.1 Beantwoording van deelvraag 1

De eerste deelvraag luidde als volgt: in welke mate heeft de opdrachtnemer aan de onderkant verbintenisrechtelijke bescherming ten aanzien van de thema's (a) loon, (b) aansprakelijkheid en (c) opzegging? De zoektocht naar het antwoord op deze deelvraag heeft geleid tot tabel 4, waarin ik de uitkomsten schematisch heb weergegeven. De belangrijkste bevindingen die uit tabel 4 kunnen worden gedestilleerd in relatie tot de eerste deelvraag, zal ik daarna bespreken.

Tabel 4. 'Beschermingsniveau loon, aansprakelijkheid en opzegging en knelpunten'

Loon					
	Bescher- ming alle opdracht- nemers	Bescher- ming titel 7.10 BW	Aanvullende bescher- ming opdracht- nemer aan de onder- kant	Korte verkla- ring	(Mogelijk) knelpunt voor opdracht- nemer aan de onderkant
Hoogte loon	Recht op loon en, bij gebreke van een afspraak, enkele handvaten over de berekening van wat als redelijk loon kwalificeert	Recht op minimumloon	Hoog en laag	'WML-opdrachtnemer' heeft recht op minimumloon (hoog) 'Niet-WML-opdrachtnemer' valt terug op contractuele afspraken (of eventueel een standaardregeling of cao) (laag)	Niet altijd recht op minimumloon
Tijdig loon	Recht op wettelijke handelsrente en maximale betalingstermijn (zestig dagen)	Recht op wettelijke rente en wettelijke verhoging	Gemiddeld	Lengte van betalingstermijn en afwijkingmogelijkheden zijn verder ingeperkt (dertig dagen)	Aansporend mechanisme (effectief individueel pressiemiddel) ontbreekt

Opdracht niet uitvoeren, toch loon	/	In principe recht op loon	Gemiddeld	Onder omstandigheden recht op loon, maar oorzaak van niet-werken wordt minder snel aan opdrachtgever dan aan werkgever toegerekend	Recht op loon bij niet-werken kan contractueel worden uitgesloten of beperkt
			Eindoordeel: 'gemiddeld beschermingsniveau'		
Aansprakelijkheid					
	Bescherming alle opdrachtnemers	Bescherming titel 7.10 BW	Aanvullende bescherming opdrachtnemer aan de onderkant	Korte verklaring	(Mogelijk) knelpunt voor opdrachtnemer aan de onderkant
Opdrachtnemer lijdt schade	Schade komt zelden voor vergoeding in aanmerking	Schade wordt in de regel vergoed	Hoog en gemiddeld	Schade 'art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' wordt in de regel vergoed (hoog) Schade 'niet-art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' wordt soms vergoed (gemiddeld)	Opdrachtgever kan aansprakelijkheid exonereren tegenover 'niet-art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer'
Opdrachtnemer brengt schade aan opdrachtgever toe	/	Zelden aansprakelijk	Gemiddeld	Billijkheidscorrectie kan achteraf bescherming bieden	Bescherming 'art. 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer' ontbreekt

Aansprakelijkheid					
Opdrachtnemer brengt schade aan derde toe	Geen aansprakelijkheid voor wanprestatie opdrachtgever ontstaan door gedraging opdrachtnemer, tenzij onrechtmatige daad	Zelden draagplichtig	Hoog en gemiddeld	Ondergeschikte opdrachtnemer is zelden draagplichtig (hoog) Niet-ondergeschikte opdrachtnemer kan achteraf worden beschermd door billijkheidscorrectie (gemiddeld)	Risico van insolvente opdrachtgever ligt bij opdrachtnemer Niet-ondergeschikte opdrachtnemer kan geen beroep doen op verweermiddelen van opdrachtgever
			Eindoordeel: 'gemiddeld beschermingsniveau'		
Opzegging					
	Bescherming alle opdrachtnemers	Bescherming titel 7.10 BW	Aanvullende bescherming opdrachtnemer aan de onderkant	Korte verklaring	(Mogelijk) knelpunt voor opdrachtnemer aan de onderkant
Opzegbevoegdheid	/	Reden opzegging van werkgever wordt in principe vooraf in rechte getoetst	Laag	Opzegbevoegdheid van opdrachtgever wordt zelden ingeperkt	/

Opzegging					
Opzegtermijn	/	Recht op opzegtermijn	Hoog	Bij duurovereenkomst in de regel recht op opzegtermijn	Recht op opzegtermijn kan contractueel worden uitgesloten of beperkt
Opzegvergoeding (loon na opzegging en aanvullende (schade) vergoeding)	Recht op het in redelijkheid vast te stellen deel van het loon of het volle loon na opzegging Aanvullende (schade) vergoeding: /	Recht op loon tot datum uitdiensttreding Recht op transitievergoeding	Laag	Niet vaak recht op (aanvullende) (schade) vergoeding bij opzegging	Recht op loon na opzegging kan contractueel worden uitgesloten of beperkt
			Eindoordeel: 'gemiddeld beschermingsniveau'		

Het verbintenissenrecht biedt de opdrachtnemer aan de onderkant overwegend buiten de regeling inzake de opdracht bescherming. Dat is het logische gevolg van de vele gedaantes waaruit de verhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer kan bestaan,¹ waardoor de regeling inzake de opdracht algemeen van aard is en bescherming dus niet het uitgangspunt van deze regeling is. Oftewel: anders dan wordt aangenomen bij bijvoorbeeld de werknemer, wordt ten aanzien van de opdrachtnemer niet verondersteld dat laatstgenoemde de zwakkere partij is die bescherming behoeft.

1 Te denken valt aan de verschillende soorten opdrachten en partijen. In dat laatste geval doel ik niet alleen op de particuliere en niet-particuliere partijen, maar ook binnen bijv. de groep 'niet-particuliere opdrachtnemers' en 'niet-particuliere opdrachtgevers' kan het palet aan mogelijke hoedanigheden zeer verschillend zijn. Als deze partijen een overeenkomst met elkaar sluiten, kan daarom op voorhand niet worden gezegd of er een zwakkere partij is en, zo ja, wie dat dan is.

De opdrachtnemer aan de onderkant geniet aanvullende verbintenismatige bescherming op alle drie de thema's die zijn onderzocht, namelijk:

- a) het ontvangen van loon (meer specifiek de hoogte van het loon (artikel 2 lid 2 aanhef en sub b WML),² het tijdig ontvangen van het loon (artikel 6:119a BW) en het recht op loon bij niet-werken (artikel 6:58 BW));
- b) aansprakelijkheid (meer specifiek de vergoeding van geleden schade (artikel 7:658 lid 4 jo. lid 1 en artikel 6:248 lid 1 BW) en de beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid voor veroorzaakte schade (artikel 6:170-171, 6:257 en 6:76 BW));
- c) de opzegging van de overeenkomst van opdracht door de opdrachtgever (meer specifiek het recht op een opzegtermijn bij opzegging door de opdrachtgever (artikel 6:248 lid 1 BW)).

Daarnaast kan het beschermingsniveau van de opdrachtnemer die niet onder de bescherming van een specifieke regel valt, worden aangevuld door de open normen die het verbintenissenrecht kent indien de omstandigheden van het geval dat rechtvaardigen (artikel 6:248 lid 1-2, artikel 6:233 sub a, artikel 6:109 lid 1 en artikel 6:101 BW). Bij de thema's loon en opzegging bestaat de bescherming vooral uit inkomensbescherming. Het thema aansprakelijkheid laat in wezen een combinatie van bescherming op inkomen en veiligheid zien.

Ten aanzien van alle drie de thema's heb ik het aanvullende beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant als 'gemiddeld' bestempeld. In dat licht zal het geen verbazing wekken dat ik het aanvullende beschermingsniveau ten aanzien van de drie thema's tezamen ook als 'gemiddeld' aanmerk. Dat houdt in dat de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van de drie thema's in onderling verband bezien, meer bescherming heeft dan de 'standaard-opdrachtnemer' ('laag beschermingsniveau'), maar minder dan de werknemer ('hoog beschermingsniveau'). Het aanvullende beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant kan per thema – en binnen dat thema weer afhankelijk van de omstandigheden van het geval – verschillen en meer de kant opgaan van een 'hoog' of 'laag' beschermingsniveau. De verschillende ratio's daarvan en de invloed die de hoedanigheid van partijen speelt op dat beschermingsniveau, komen bij de andere twee deelvragen aan de orde. Bovendien heeft de analyse van de aanvullende verbintenismatige bescherming verschillende knelpunten voor de opdrachtnemer aan de onderkant aan het licht gebracht. De meest fundamentele knelpunten en de mogelijke oplossingen daarvan zet ik bij de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag op een rij.

Uit het voorgaande blijkt dat het verbintenissenrecht de opdrachtnemer aan de onderkant aanvullende bescherming kan bieden en dat doorgaans doet op een niveau dat tussen die van de 'standaard-opdrachtnemer' en werknemer in zit. Die constatering geeft nog geen inzicht in de achterliggende gedachten die ten grondslag (kunnen) liggen aan deze bescherming. Dat inzicht staat centraal bij de beantwoording van de tweede deelvraag.

2 De WML is geen verbintenismatige regeling. Het buiten beschouwing laten van deze regeling, die betrekking heeft op inkomensbescherming en van toepassing is op een deel van de opdrachtnemers, zou kunnen leiden tot een vertekend beeld van het verbintenismatige beschermingsniveau op het thema loon, vandaar dat de WML wel in deze (verbintenismatige) rij is opgenomen.

5.2.2 Beantwoording van deelvraag 2

De tweede deelvraag heb ik als volgt geformuleerd: wat zijn de achterliggende gedachten van het verbintenisrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van de thema's (a) loon, (b) aansprakelijkheid en (c) opzegging?

Als ik de verschillende beweegredenen die ten grondslag liggen aan het wel of niet toekennen van bescherming aan de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging opsom, dan volgt op het eerste gezicht het beeld dat die redenen per thema – en soms zelfs binnen het thema zelf – variëren. Zo wordt wel aangegeven dat een deel van de opdrachtnemers zich feitelijk in een economische of veiligheidsafhankelijke positie bevindt die te vergelijken is met die van werknemers, welke positie aanleiding geeft tot bescherming (artikel 2 lid 2 aanhef en sub b WML en artikel 7:658 lid 4 BW).³ Verder zijn beschermende regels op de opdrachtnemer van toepassing verklaard om ongewenste concurrentie op arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden te voorkomen (artikel 2 lid 2 aanhef en sub b WML, artikel 7:658 lid 4 en artikel 6:119a BW). Ook is soms de gedachte te vinden dat een bepaald risico in redelijkheid bij de opdrachtgever behoort te liggen, waaronder ik mede schaar de beïnvloedingsgedachte (artikel 7:658, 6:76 en 6:58 BW), de profijtgedachte (artikel 7:658, 6:170, 6:76 en 6:58 BW), de mogelijkheid tot risicospreiding (artikel 7:658 en 6:170-171 BW) en de gevaartheorie (artikel 7:658 en 6:170-171 BW). Daarnaast wordt de opdrachtnemer soms bescherming geboden als tussen partijen een ongelijke verhouding (in 'grootte') bestaat en hij de 'kleinere' partij is (artikel 6:119a lid 6 BW).⁴

Als ik de verscheidene ratio's niet alleen op een rij zet, maar ook in onderling verband bekijk, dan zie ik enige lijnen ten aanzien van de gevallen waarin structurele bescherming aan de opdrachtnemer wordt geboden. Waar de wetgever de opdrachtnemer als beschermenswaardig aanmerkt, bijvoorbeeld omdat hij in een economisch of veiligheidsafhankelijke positie verkeert, bedoelt hij in feite dat sprake is van een structurele kwetsbaarheid in de verhouding tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer. Die kwetsbaarheid is niet subjectief, maar een indicatie dat de opdrachtnemer voor zijn inkomen of veiligheid in (structurele) afhankelijkheid van de opdrachtgever verkeert en bescherming behoeft. Naast deze individuele kwetsbaarheid doet zich een meer collectieve kwetsbaarheid voor. Om te voorkomen dat opdrachtgevers om 'verkeerde' redenen kiezen voor opdrachtnemers in plaats van werknemers, waardoor ongewenste concurrentie op arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden tussen zowel opdrachtnemers onderling als opdrachtnemers en werknemers kan ontstaan, zijn verschillende beschermende regels ook van toepassing

3 Wederom merk ik op dat de WML geen verbintenisrechtelijke regeling is. Het buiten beschouwing laten van deze regeling, die betrekking heeft op inkomensbescherming en van toepassing is op een deel van de opdrachtnemers, zou kunnen leiden tot een vertekend beeld van het verbintenisrechtelijke beschermingsniveau op het thema loon, vandaar dat de WML wel in deze (verbintenisrechtelijke) rij is opgenomen.

4 Meer in algemene zin is deze gedachte ook terug te zien bij de regeling inzake de algemene voorwaarden (art. 6:235 BW) en de mededingingsrechtelijke uitzonderingen op het kartelverbod, in het bijzonder de economisch afhankelijke opdrachtnemer, alsook bij de situaties waarin niet wordt gehandhaafd, omdat sprake is van een duidelijk onevenwicht tussen de onderhandelingsmacht van de opdrachtnemers en hun opdrachtgevers.

verklaard op (een deel van de) opdrachtnemers. Hierna zal ik deze twee kwetsbaarheden, die kunnen leiden tot structurele bescherming, nader duiden en aangeven wat de gevolgen daarvan zijn voor het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant.

De individuele kwetsbaarheid kan verband houden met het belang van de opdrachtnemer dat in het geding is. Zo wordt de opgezegde opdrachtnemer bij een duurovereenkomst in de regel beschermd door een opzegtermijn (artikel 6:248 lid 1 BW). Dat geldt voor alle opdrachtnemers. De achtergrond daarvan is dat de kwetsbaarheid bestaat uit de aanpassingsbehoefte die iedere opdrachtnemer tegen een onverwachte opzegging in beginsel heeft. Die kwetsbaarheid is niet afhankelijk van de hoedanigheid van de opdrachtnemer of een specifieke positie waarin de opdrachtnemer zich bevindt, maar speelt in wezen voor alle opdrachtnemers. Er vindt dus van tevoren geen differentiatie plaats ten aanzien van welke categorieën opdrachtnemers in aanmerking komen voor het recht op een opzegtermijn; hooguit bestaan er (nuance)verschillen over de daadwerkelijke invulling van dit recht in de vorm van de lengte van de opzegtermijn.⁵

Het is ook mogelijk dat de bescherming van de opdrachtnemer is voorbehouden aan een bepaald type of een bepaalde positie waarin hij verkeert. Een voorbeeld van een bepaald type is te vinden bij de wettelijke handelsrente: de maximale betalingstermijn bedraagt dertig dagen zodra een mkb-onderneming (opdrachtnemer) een overeenkomst is aangegaan met een grote onderneming (opdrachtgever) (artikel 6:119a lid 6 BW). Kennelijk wordt ervan uitgegaan dat deze omstandigheden (groot versus klein) ertoe leiden dat de opdrachtnemer in feite niet voor zijn belang kan opkomen en dat om die reden het onevenwicht in onderhandelingsmacht tussen beide zijden moet worden gecorrigeerd omtrent de maximale betalingstermijn.⁶ De leerstukken minimumloon en veiligheid getuigen van bescherming op basis van de positie waarin de opdrachtnemer verkeert; de opdrachtnemer die zich in economisch of veiligheidsafhankelijk opzicht in (vrijwel) dezelfde positie als een werknemer bevindt, wordt bij de genoemde leerstukken beschermd (artikel 2 lid 2 aanhef en sub b WML, artikel 7:658 lid 4 en artikel 6:170 BW).⁷

5 Naast de opzegtermijn (art. 6:248 lid 1 BW) kan in deze context worden gedacht aan het wettelijk recht op loon (art. 7:405 en 7:411 BW), ervan uitgaande dat de verrichte werkzaamheden kwalificeren als nakoming van de verbintenis.

6 Ik ben voorzichtiger in mijn bewoordingen t.a.v. dit leerstuk, omdat de wijze van differentiatie behoorlijk willekeurig overkomt. De termen 'groot' en 'klein' kunnen namelijk misleidend werken en zeggen niet per se iets over de ongelijkwaardigheid tussen partijen. Zo kan een kleine opdrachtnemer deskundig zijn en een overeenkomst aangaan met een grote ondeskundige opdrachtgever. In die situatie heeft de opdrachtnemer vermoedelijk een goede onderhandelingspositie, waardoor bijv. de redelijkheid en billijkheid minder aanleiding tot correctie geeft. Dergelijke verfijningen gaan mogelijk verloren als te gemakkelijk wordt uitgegaan van een dichotomie tussen grote en kleine partijen.

7 In de wet is deze vergelijking tot nu toe steeds getrokken met de werknemer. Ook rechters knopen vaak aan bij de werknemer als vergelijkingsgroep, om aan de hand daarvan te beoordelen of de opdrachtnemer een zekere bescherming moet worden geboden, sporadische uitstapjes naar de handelsagent daargelaten. Hierbij geldt dat hoe meer gelijkenissen de positie van de opdrachtnemer vertoont met de positie van het rechtssubject dat op dit desbetreffende onderwerp wordt beschermd, hoe meer het beschermingsniveau van de opdrachtnemer op dit specifieke terrein daarmee overeenkomt.

Naast de zojuist besproken individuele kwetsbaarheid kan een meer collectieve kwetsbaarheid ten grondslag liggen aan structurele bescherming van de opdrachtnemer. Dat uit zich in de verwezenlijking van een *level playing field*. Door bepaalde (arbeidsrechtelijke) bescherming van toepassing te verklaren op (een deel van de) opdrachtnemers, wordt voorkomen dat de opdrachtgever enkele arbeidsrechtelijke verplichtingen zou kunnen ontwijken door opdrachtnemers in plaats van werknemers in te schakelen. Via deze weg wordt een *race to the bottom* tegengegaan en – in breder perspectief – ongewenste concurrentie op arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden ondervangen. Zo is de reikwijdte van de WML aangepast, niet alleen omdat verschillende omzeilingsmogelijkheden de bescherming van de WML-opdrachtnemer tenietdeden, maar er ook toe leidden dat de arbeidsvoorwaarden van werknemers onder druk kwamen te staan. De wettelijke handelsrente kent eveneens als beweegreden het voorkomen van een oneerlijk concurrentievoordeel (artikel 6:119a BW). Deze regeling wil namelijk beletten dat de grotere partij het verschuldigde bedrag (bewust) te laat voldoet ten koste van de kleinere partij en op die manier een voordeel verkrijgt ten opzichte van andere opdrachtgevers. Eenzelfde soort gedachtegang is te zien bij de regels inzake schade en aansprakelijkheid: de opdrachtgever behoort zijn aansprakelijkheid niet te kunnen ontlopen door het inschakelen van opdrachtnemers (artikel 7:658 lid 4 en artikel 6:171 BW).

Het lijkt erop dat de structurele kwetsbaarheden van de opdrachtnemer leiden tot het bieden van structurele bescherming. De ene keer loopt die bescherming via de band van een wetswijziging (artikel 2 lid 2 aanhef en sub b WML, artikel 7:658 lid 4 en artikel 6:119a lid 6 BW), de andere keer via een nieuwe of aanvullende interpretatie van bestaande wetgeving (artikel 6:170 lid 1 BW) of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW). Een complicerende factor daarbij is dat de structurele kwetsbaarheden per thema en type opdrachtnemer kunnen verschillen, waardoor een *'one size fits all'*-benadering geen recht zal doen aan de feitelijke rechtsverhouding die schuilgaat achter de overeenkomst van opdracht. Ik kom daar bij de beantwoording van de derde deelvraag nog op terug.

Voor de situatie waarin de opdrachtnemer geen structurele bescherming wordt geboden, wordt zijn beschermingsniveau ingekleurd op basis van het algemene verbintenissenrecht. Bescherming is dan niet het uitgangspunt, maar de opdrachtnemer kan stellen, en zo nodig bewijzen, dat hij in het concrete geval toch een beschermenswaardige positie inneemt. Het verbintenissenrecht kan de opdrachtnemer in zo'n situatie incidentele bescherming bieden aan de hand van de open normen (artikel 6:248 lid 1-2, artikel 6:233 sub a, artikel 6:109 lid 1 en artikel 6:101 BW), die het beschermingsniveau van deze opdrachtnemer kan aanvullen of corrigeren. Daarbij wordt onder andere rekening gehouden met de onderlinge hoedanigheid van partijen, die nader aan bod komt bij de beantwoording van de derde deelvraag. In algemene zin geldt dat hoe ongelijkwaardiger de verhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer aan de onderkant is, hoe eerder sprake zal zijn van zo'n aanvulling of correctie van het concrete geval. Vanuit het oogpunt van de opdrachtnemer is het nadeel van deze *'case-by-case-studie'* vooral gelegen in de rechtsonzekerheid. De opdrachtnemer weet in zo'n situatie immers niet of hij wordt beschermd en, zo ja, welke bescherming hij dan exact heeft. Daardoor is de kans aanwezig dat, als hij al bescherming geniet, hij deze bescherming moet afdwingen bij de rechter. Met name voor de opdrachtnemer aan de

onderkant ligt de weg naar de rechter niet snel voor de hand, gezien zowel zijn lage tarief (en de kosten die een rechterlijke procedure meebrengt) als zijn doorgaans economische afhankelijkheid tegenover deze opdrachtgever.

5.2.3 *Beantwoording van deelvraag 3*

De derde deelvraag heb ik als volgt onder woorden gebracht: welke invloed hebben de omstandigheden van het geval, in het bijzonder de hoedanigheid van partijen, op het verbintenissenrechtelijke beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van de thema's (a) loon, (b) aansprakelijkheid en (c) opzegging?

De meest in het oog springende constatering is dat het verbintenissenrecht per thema anders omgaat met de hoedanigheid van partijen. De wijze waarop het verbintenissenrecht dat doet, wisselt van nagenoeg geen invloed tot doorslaggevende invloed en alles daartussenin. Dat leidt ertoe dat de opdrachtnemer die in aanmerking komt voor bescherming ten aanzien van het ene thema, niet per definitie wordt beschermd op een ander thema en vice versa. Dat zal ik nader toelichten.

De regels op het gebied van loon zijn op verschillende plaatsen bedacht met het oog op de economische positie waarin de opdrachtnemer aan de onderkant zich bevindt (artikel 2 lid 2 aanhef en sub b WML en artikel 6:119a lid 6 BW).⁸ Ook bij het leerstuk schuldeisersverzuim bestaat de ruimte met die positie rekening te houden in het kader van toerekening krachtens verkeersopvattingen (artikel 6:58 BW). Bij het thema aansprakelijkheid is de structurele bescherming meer gekoppeld aan de veiligheidsafhankelijke positie waarin de opdrachtnemer kan verkeren (artikel 7:658 lid 4 BW), zij het dat voor de vaststelling (van de omvang) van de zorgplicht de hoedanigheid van partijen wel een rol kan spelen. Doordat bepaalde bescherming bij het thema loon is verbonden aan de economische positie van de opdrachtnemer aan de onderkant en bij het thema aansprakelijkheid aan zijn veiligheidsafhankelijke positie, kan het voorkomen dat de opdrachtnemer aan de onderkant de bescherming geniet op beide thema's, op een van deze thema's of dat bescherming op beide thema's ontbreekt. Meer concreet: het kan dus zo zijn dat de opdrachtnemer aan de onderkant recht heeft op het minimumloon (artikel 2 lid 2 aanhef sub b WML) en tegelijkertijd dusdanig zelfstandig de opdracht uitvoert dat hij tegenover de opdrachtgever niet in een veiligheidsafhankelijke positie verkeert met als gevolg dat artikel 7:658 lid 4 BW toepassing mist. De omgekeerde situatie kan zich ook voordoen (geen WML-bescherming, wel die van artikel 7:658 lid 4 BW), evenals dat de opdrachtnemer aan de onderkant de bescherming op beide thema's kan genieten of missen. Het thema opzegging staat als het ware los van voornoemde exercitie: alle opdrachtnemers met een duurovereenkomst hebben in essentie hetzelfde beschermingsniveau en worden bij een opzegging structureel beschermd door een opzegtermijn. Differentiatie aan de hand van

⁸ Net als in par. 5.2.1 en 5.2.2 merk ik op dat de WML geen verbintenissenrechtelijke regeling is. Het buiten beschouwing laten van deze regeling, die betrekking heeft op inkomensbescherming en van toepassing is op een deel van de opdrachtnemers, zou kunnen leiden tot een vertekend beeld van het verbintenissenrechtelijke beschermingsniveau op het thema loon, vandaar dat de WML wel in deze (verbintenissenrechtelijke) rij is opgenomen.

de omstandigheden van het geval vindt in principe 'slechts' plaats omtrent de lengte van de opzegtermijn en dus niet met betrekking tot het recht op zo'n termijn.

Als ik de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging samenpak, dan valt op dat er geen type opdrachtnemer is die gegarandeerd voor alle bescherming in aanmerking komt, ook niet de opdrachtnemer aan de onderkant dus. De premisse waarin wordt uitgegaan van een standaardgroep 'beschermenswaardige opdrachtnemers' en een standaardgroep 'niet-beschermenswaardige opdrachtnemers' zonder dat onderscheid wordt aangebracht per thema, gaat dus voorbij aan de realiteit. Dat leidt ertoe dat per thema moet worden bekeken welke (groep) opdrachtnemers wél en welke (groep) opdrachtnemers niet een beschermenswaardige positie innemen.

Uit het voorgaande maak ik op dat het per te beschermen belang verschilt of en in welke mate rekening wordt gehouden met de hoedanigheid van partijen. Toch zijn er in deze context ook enkele overeenkomsten te constateren. Ik noem er drie. Ten eerste verschilt weliswaar de rol die de hoedanigheid van partijen speelt bij de vraag of de opdrachtnemer aan de onderkant in aanmerking komt voor een bepaald recht, maar als hij onder het beschermingsbereik valt, is de hoedanigheid van partijen in alle situaties van betekenis voor de daadwerkelijke invulling van dat recht. Hierbij kan worden gedacht aan het vaststellen van de omvang van de zorgplicht van de opdrachtgever (artikel 7:658 lid 4 jo. lid 1 BW) en het bepalen van de lengte van de opzegtermijn (artikel 6:248 lid 1 BW). Ten tweede kan de hoedanigheid van partijen in ogenschouw worden genomen bij de uitleg van de partijafspraken; mede van belang kan immers zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht, aldus de Haviltex-maatstaf, die gebruikt wordt bij de uitleg van rechtshandelingen. Ten derde kan de hoedanigheid van partijen bij alle drie de thema's corrigerende werking hebben voor het geval dat de opdrachtnemer structurele bescherming mist, maar bescherming in het concrete geval wel op zijn plaats is. Die correctie kan lopen via de open normen van het verbintenissenrecht (artikel 6:248 lid 1-2, artikel 6:233 sub a, artikel 6:109 lid 1 en artikel 6:101 BW). Deze drie punten laten zien dat de onderlinge hoedanigheid van partijen toch altijd een rol speelt bij het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant, zij het dat die rol de ene keer wat bescheidener is dan de andere keer. Het feit dat deze hoedanigheid immer een rol inneemt, is de logische consequentie van het feit dat rekening moet worden gehouden met de positie waarin partijen door het aangaan en uitvoeren van de overeenkomst komen te verkeren.

5.3 Beantwoording van de centrale onderzoeksvraag

Het slotstuk van dit onderzoek vormt de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag, die ik als volgt heb geformuleerd:

In hoeverre en op welke gronden kan het verbintenissenrecht binnen de huidige kaders de opdrachtnemer aan de onderkant bescherming bieden ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging?

Deze studie toont dat binnen de huidige kaders van het verbintenissenrecht al veel mogelijk is met betrekking tot het bieden van bescherming aan de opdrachtnemer aan de onderkant. Deze opdrachtnemer zit qua beschermingsniveau ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging – zowel individueel als in onderling verband bezien – tussen die van de 'standaard-opdrachtnemer' en werknemer in, op welk punt mijn hypothese is uitgekomen (zie paragraaf 1.2.2). Het verbintenissenrecht is een dynamisch rechtsgebied en kan rekening houden met de kwetsbare positie die de opdrachtnemer aan de onderkant kan innemen. De elasticiteit van het verbintenissenrecht maakt rechtsontwikkeling van het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant veelal mogelijk zonder dat de politiek er meteen aan te pas moet komen. Daardoor kunnen de in de maatschappij levende overtuigingen over de bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant worden ingepast in het verbintenisrechtelijke systeem. Die inpassing leidt tegelijkertijd tot een aanpassing van dit systeem, terwijl het geschreven recht intact blijft.

Of het verbintenissenrecht de opdrachtnemer aan de onderkant structureel beschermt, verschilt per thema en hangt af van de individuele of collectieve kwetsbaarheid op een specifiek terrein. Hierbij staat kwetsbaarheid niet altijd gelijk aan de economische positie van de opdrachtnemer, maar kan dat ook zien op bijvoorbeeld zijn veiligheidsafhankelijke positie of het voorkomen van ongewenste concurrentie op arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden tussen zowel werknemers en opdrachtnemers als opdrachtnemers onderling. Als de opdrachtnemer aan de onderkant niet structureel wordt beschermd, kunnen de open normen van het verbintenissenrecht hem alsnog incidentele bescherming bieden indien hij in het concrete geval toch een beschermenswaardige positie inneemt. Waar het voorgaande toe leidt, is dat er daadwerkelijk aanleiding moet zijn de opdrachtnemer te beschermen. Een ongelijkwaardige verhouding tussen partijen ten nadele van de opdrachtnemer aan de onderkant resulteert dus niet *a priori* in bescherming. Dat is een belangrijke nuance op mijn hypothese (zie paragraaf 1.2.2), nu ik voorafgaand aan deze studie veronderstelde dat de reden van bescherming gelegen zou zijn in de onderlinge hoedanigheid van partijen, meer specifiek het lage tarief en de doorgaans economische afhankelijkheid van de opdrachtnemer aan de onderkant ten opzichte van de opdrachtgever. Uit mijn onderzoek blijkt echter dat de beschermenswaardige positie per thema kan afwijken en daarom ook per thema moet worden vastgesteld. Daarmee lijkt niet alleen mijn verwachting te zijn uitgekomen dat een thematische aanpak de materie wellicht beter te overzien maakt (zie paragraaf 1.2.2), maar heeft dat ook het inzicht opgeleverd dat de problemen en oplossingen per thema, per gevalstype en per type opdrachtnemer (kunnen) variëren. Om die reden lijkt er veel voor te zeggen de verschillende thema's op verscheidene wijzen aan te vliegen. Dit inzicht nodigt uit tot een verdere doordenking van de wijze waarop het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant kan worden ingevuld. Zo kan bescherming meer worden gediversifieerd en kan per thema een ander instrument worden overwogen. Op die manier kan recht worden gedaan aan de feitelijke rechtsverhouding die schuilgaat achter de overeenkomst van opdracht.

Al met al kan het verbintenissenrecht binnen de huidige kaders de bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging vaak goed inpassen in het wettelijk systeem. Vanwege deze conclusie lijkt een apart (alomvattend) wettelijk regime voor de opdrachtnemer aan de onderkant overbodig.

Dat neemt niet weg dat de elasticiteit van het huidige verbintenissenrecht op een aantal plaatsen haar grens vindt. Als ruimte voor bescherming ontbreekt, terwijl er – tegen de achtergrond van de individuele of collectieve kwetsbaarheid – goede argumenten (lijken te) bestaan voor (structurele) bescherming, heb ik dat aangemerkt als knelpunt. In het verlengde daarvan heb ik verschillende instrumenten onderzocht die eventueel een oplossing kunnen bieden voor zo'n knelpunt. Dat heeft geresulteerd in een eerste (bescheiden) aanzet tot verschillende oplossingsrichtingen van de geïdentificeerde knelpunten, die ik in tabel 5 schematisch heb weergegeven.

Tabel 5. 'Overzicht (mogelijke) knelpunten en oplossingsrichtingen'

	(Mogelijk) knelpunt	Oplossingsrichting
Hoogte loon	De opdrachtnemer aan de onderkant heeft niet altijd het recht op het minimumloon (zie paragraaf 2.3.1).	De aandacht wordt verlegd van formele wetgeving naar gedelegeerde wetgeving (zie paragraaf 2.3.2.3, 2.3.2.4 en 2.3.2.5).
Tijdig loon	De opdrachtnemer aan de onderkant heeft bij een laattijdige loonbetaling weliswaar recht op de wettelijke handelsrente, maar die lijkt niet (voldoende) effectief (zie paragraaf 2.4.1.3).	De opdrachtnemer aan de onderkant krijgt bij een laattijdige betaling de beschikking over een aansporend mechanisme, zoals de wettelijke verhoging (zie paragraaf 2.5.1).
Opdrachtnemer brengt schade aan opdrachtgever toe	De in veiligheidsafhankelijkheid verkerende opdrachtnemer heeft geen specifieke bescherming (zie paragraaf 3.4.2).	De regel uit artikel 7:661 BW wordt ook van toepassing verklaard op de artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer (zie paragraaf 3.5.2).
Opdrachtnemer brengt schade aan derde toe	De niet-ondergeschikte opdrachtnemer kan zich niet beroepen op de verweermiddelen van de opdrachtgever tegenover de derde (zie paragraaf 3.4.3.2).	De regel uit artikel 6:257 BW wordt (onder omstandigheden) ook van toepassing verklaard op de opdrachtnemer aan de onderkant (zie paragraaf 3.4.3.2).
Opdracht niet uitvoeren, toch loon; opdrachtnemer lijdt schade; opzegtermijn; loon na opzegging	De bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant kan op verschillende plaatsen contractueel worden uitgesloten of beperkt en daarmee zijn bestaanszekerheid aantasten (zie paragraaf 2.4.2, 3.4.1, 4.2.2 en 4.2.3.1). ¹	Bepaalde bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant krijgt een (semi-)dwingend-rechtelijk karakter, waarbij verschillende grenzen mogelijk zijn waaronder afwijkingen zijn toegestaan (zie paragraaf 2.5.2.3, 3.4.1, 4.4.2.1 en 4.2.3.1). ²

¹ Hierbij doel ik op het leerstuk van schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW), het exonereren van de algemeen verbintenissenrechtelijke zorgplicht (art. 6:248 lid 1 BW), de opzegtermijn (art. 6:248 lid 1 BW) en het recht op loon na opzegging (art. 7:411 BW). Wel staat uiteraard

de mogelijkheid open dat de gemaakte afspraken ten nadele van de opdrachtnemer aan de onderkant kunnen worden vernietigd (art. 6:233 sub a BW), voor zover sprake is van een algemene voorwaarde, of terzijde worden geschoven (art. 6:248 lid 2 BW), zij het dat deze bepalingen terughoudend moeten worden toegepast en zich (daarom) niet lenen voor het bieden van bescherming bij structurele situaties.

- ² Zo kan ervoor worden gekozen afwijkingen ten nadele van de opdrachtnemer alleen te verbieden t.a.v. de WML-opdrachtnemer, de opdrachtnemer met een tarief van onder het maximumdagloon (€ 30 à 35 per uur), de opdrachtnemer die ten minste de helft van zijn totale jaarinkomen via deze opdrachtgever verwerft of de verhouding tussen de 'grote' opdrachtgever en de 'kleine' opdrachtnemer. Deze ter illustratie genoemde grenzen houden steeds verband met de rechtstoestand van de opdrachtnemer, in het bijzonder de mate waarin hij in de regel invloed kan uitoefenen op de contractsbepalingen en de kwetsbaarheid van zijn belang. Of afwijkingen zijn toegestaan en onder welke omstandigheden, is een vraag van (rechts)politieke aard en vergt nader onderzoek.

5.4 Finale

Ik kom tot een afronding en stel vast dat het beschermingsniveau van de opdrachtnemer ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging geen concept is dat zich in één formule laat vangen. Dat is onder andere de consequentie van het feit dat niet één grond het gehele beschermingsfundament vormt en kan ook worden verklaard door de variëteit van onderwerpen en ratio's die daar gelden. Daarmee doel ik niet alleen op de verschillende verhoudingen die schuilgaan achter de overeenkomst van opdracht, maar ook op de verscheidenheid van de te beschermen belangen en de doelmatigheid van de verschillende manieren waarop bescherming kan worden bereikt, die daarvoor simpelweg te ver uiteenlopen. Het voorgaande geldt ook voor de opdrachtnemer aan de onderkant, wiens beschermingsniveau kan verschillen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het feit dat deze opdrachtnemer zich aan de onderkant van de arbeidsmarkt bevindt, biedt hem dus niet automatisch verbintenisrechtelijke bescherming, maar kan wel een waardevol gezichtspunt vormen aan de hand waarvan zijn beschermingsniveau kan worden ingevuld. Vanuit deze context kan het beschermingsniveau van de opdrachtnemer nader contouren krijgen zonder dat altijd meteen politieke keuzes moeten worden gemaakt.

Dit onderzoek begon ik met een aantal voorbeelden waarmee de opdrachtnemer in de rechtsliteratuur wel is vergeleken: de kanarie in de kolenmijn, een koekoeksjong, de kip met de gouden eieren en de Calimero van het commerciële contractenrecht. Nu het beschermingsniveau van de opdrachtnemer pluriform is, heeft de opdrachtnemer zich meer ontpopt tot kameleon: afhankelijk van onder meer zijn eigen hoedanigheid, die van de opdrachtgever en het (te beschermen) belang dat in het geding is, kan hij van kleur verschieten van 'niet-beschermenswaardig' naar 'beschermenswaardig' en alles daartussenin. De kleurrijke wijze waarop de opdrachtnemer door het recht beweegt, maakt hem een boeiend en ingewikkeld figuur. Ik hoop met dit onderzoek bepaalde tinten inzichtelijk te hebben gemaakt, die ook dienstig kunnen zijn in het verdere (politieke) debat over de positie van de opdrachtnemer aan de onderkant.

BIJLAGE 1

Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658 lid 4 BW

A – Voldaan aan vereiste ‘voor de zorg voor zijn veiligheid mede afhankelijk van opdrachtgever’

A1 – Expliciet ingegaan op feitelijke verhouding tussen partijen

A2 – Expliciet ingegaan op aard van de verrichte werkzaamheden

A3 – Expliciet ingegaan op mate van invloed op de werkomstandigheden

B – Voldaan aan vereiste ‘in het kader van het beroep of bedrijf van de opdrachtgever’

C – Hoedanigheid van partijen in algemene zin

C1 – Hoogte beloning

C2 – Economische afhankelijkheid

Vindplaats	A	A1	A2	A3	B	C	C1	C2
Hof Arnhem-Leeuwarden 13 september 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:7869	/ ¹	/	/	/	Nee	Nee	/	/
Rb. Zeeland-West-Brabant 22 september 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:4706	Nee	Ja	Nee	Ja	/	Nee	/	/
Rb. Den Haag 29 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:8362	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/
Rb. Midden-Nederland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3374	Ja	Nee	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/
Rb. Oost-Brabant 16 juni 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:3376	Ja	Nee	Nee	Ja	Ja	Nee	/	/
Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3353	Ja	Nee	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/
Rb. Amsterdam 25 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6804	Ja	Ja	Nee	Ja	Ja	Ja	Nee	Ja

Vindplaats	A	A1	A2	A3	B	C	C1	C2
Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1097	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee	Ja	Nee	Nee
Rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:538	Ja	Ja	Nee	Ja	Ja	Ja	/	/
Rb. Amsterdam 23 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6802 ²	On- dui- de- lijk ³	/	/	/	Ja	Nee	/	/
Rb. Zeeland-West-Brabant 8 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:1574	Ja	Nee	Ja	Ja	Ja	Ja	Nee	Ja
Rb. Midden-Nederland 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5708	Ja	Nee	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/
Rb. Overijssel 26 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2924	Ja	Nee	Nee	Ja	Ja	Nee	/	/
Rb. Gelderland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:485	Nee	Nee	Nee	Ja	/	Nee	/	/
Hof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8066	Ja	Nee	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/
Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8068	Ja	Nee	Nee	Ja	Ja	Nee	/	/
Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6672	Ja	Nee	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/
Rb. Den Haag 1 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8149	Ja	Nee	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/
Rb. Gelderland 12 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1966	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/

Vindplaats	A	A1	A2	A3	B	C	C1	C2
Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Nee	Nee
Rb. Oost-Brabant 28 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5803	On- dui- de- lijk ⁴	Nee	Nee	Ja	/	Nee	/	/

¹ Vanwege de afwezigheid van het tweede vereiste gaat het hof niet in op de eventuele aanwezigheid van het eerste vereiste.

² Dit is het tussenvonnissen rb. Amsterdam 25 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6804.

³ Uit de bewijsvoering is naar het oordeel van de kantonrechter nog onvoldoende duidelijk of hiervan al dan niet sprake is.

⁴ Uit de bewijsvoering is naar het oordeel van de kantonrechter nog onvoldoende duidelijk of hiervan al dan niet sprake is.

BIJLAGE 2

Feitenrechtspraakonderzoek artikel 7:658 lid 4 jo. lid 1 BW

A – Tekortgeschoten in de zorgplicht

B – Expliciet ingegaan op ‘zelfstandig ondernemerschap’

C – Speciale invulling vanwege zelfstandig ondernemerschap

D – Hoedanigheid van partijen in algemene zin

D1 – Hoogte beloning

D2 – Economische afhankelijkheid

Vindplaats	A	B	C	D	D1	D2
Rb. Den Haag 29 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:8362	/ ¹	/	/	/	/	/
Rb. Midden-Nederland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3374	/ ²	/	/	/	/	/
Rb. Oost-Brabant 16 juni 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:3376	Ja	Nee	Nee	Nee	/	/
Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3353	Ja	Nee	Nee	Nee	/	/
Rb. Amsterdam 25 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6804	Ja	Nee	Nee	Ja	Nee	Nee
Rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:538	Ja	Nee	Nee	Nee	/	/
Rb. Zeeland-West-Brabant 8 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:1574	Ja	Nee	Nee	Ja	Nee	Nee
Rb. Midden-Nederland 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5708	Ja	Nee	Nee	Nee	/	/
Rb. Overijssel 26 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2924	Ja	Nee	Nee	Nee	/	/

Vindplaats	A	B	C	D	D1	D2
Hof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8066	Ja	Nee	Nee	Nee	/	/
Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8068	/ ³	/	/	/	/	/
Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6672	Ja	Nee	Nee	Nee	/	/
Rb. Den Haag 1 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8149	Ja	Nee	Nee	Nee	/	/
Rb. Gelderland 12 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1966	Ja	Nee	Nee	Nee	/	/
Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300	Ja	Nee	Nee	Ja	Nee	Nee

- ¹ De opdrachtgever heeft niet gesteld dat en hoe hij heeft voldaan aan de op hem rustende zorgverplichting ex art. 7:658 lid 1 BW, waardoor wordt aangenomen dat hij hierin tekort is geschoten. Een inhoudelijke toetsing van de zorgplicht van de opdrachtgever is echter achterwege gebleven.
- ² Er werd een verklaring voor recht gevorderd m.b.t. de reikwijdte van art. 7:658 lid 4 BW.
- ³ Tegen het tekortschieten in de zin van art. 7:658 lid 1 BW is niet gegriefd.

BIJLAGE 3

Feitenrechtspraakonderzoek voldoende zwaarwegende grond voor opzegging

A – Bestaan ‘voldoende zwaarwegende grond voor opzegging’

B – Apart ingegaan op de eis van ‘voldoende zwaarwegende grond voor opzegging’

C – Hoedanigheid van partijen in algemene zin

C1 – Hoogte beloning

C2 – Economische afhankelijkheid

Vindplaats	A	B	C	C1	C2
Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3525	Nee	Nee	/	/	/
Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:6116	Nee	Ja	Ja	Nee	Ja
Rb. Midden-Nederland 7 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1391	Onduidelijk ¹	Ja	Ja	Ja	Ja
Hof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1222	Nee	Nee	/	/	/
Rb. Noord-Holland 23 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:11118	Nee	Nee	/	/	/
Rb. Overijssel 12 november 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:4050	Nee	Nee	/	/	/
Rb. Overijssel 29 april 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1727	Onduidelijk ²	Ja	Nee	/	/
Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1911	Nee	Nee	/	/	/
Rb. Noord-Holland 12 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5118	Nee	Ja	Nee	/	/

Vindplaats	A	B	C	C1	C2
Rb. Limburg 28 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2827	Nee	Nee	/	/	/
Hof 's-Hertogenbosch 10 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1835	Nee	Ja	Nee	/	/
Hof 's-Hertogenbosch 5 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1305	Nee	Ja	Ja	Nee	Ja
Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1070	Nee	Ja	Ja	Ja	Ja
Rb. Midden-Nederland 21 januari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:313	Nee	Ja	Ja	Nee	Nee
Rb. Rotterdam 19 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5359	Nee	Nee	/	/	/
Rb. Almelo 27 juni 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX2976	Nee	Ja	Ja	Nee	Ja
Rb. Zwolle-Lelystad 5 juni 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BX2460	Nee	Nee	/	/	/
Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW2301	Nee	Ja	Ja	Nee	Nee
Rb. Amsterdam 28 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV2166	Onduidelijk ³	Ja	Nee	/	/
Hof Arnhem 27 december 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BV0717	Nee	Ja	Ja	Nee	Nee

- ¹ De opdrachtnemer doet een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) en de rechtbank beslist in algemene zin dat voor de opzegging van de overeenkomst redelijke gronden zijn aangevoerd. Of opzegging ook mogelijk was zonder zo'n reden, wordt niet geheel duidelijk.
- ² De opdrachtnemer doet een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) en de rechtbank beslist in algemene zin dat de opdrachtgever niet zonder redelijke grond is overgegaan tot opzegging. Of opzegging ook mogelijk was zonder zo'n reden, wordt niet geheel duidelijk.
- ³ De opdrachtnemer doet een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) en de rechtbank beslist in algemene zin dat sprake is van een gewichtige reden om de overeenkomst op te zeggen. Of opzegging ook mogelijk was zonder zo'n reden, wordt niet geheel duidelijk.

BIJLAGE 4

Feitenrechtspraakonderzoek opzegtermijn

A – Bestaan ‘opzegtermijn’

B – Apart ingegaan op de eis van ‘een opzegtermijn’

C – Apart ingegaan op ‘de lengte van een opzegtermijn’

D – Hoedanigheid van partijen in algemene zin

D1 – Hoogte beloning

D2 – Economische afhankelijkheid

Vindplaats	A	B	C	D	D1	D2
Rb. Midden-Nederland 6 juli 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2530	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/
Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3525	Nee ¹	Nee	/	/	/	/
Rb. Midden-Nederland 16 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:471	Ja	Ja	Ja	Ja	Nee	Ja
Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:250	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/
Rb. Rotterdam 29 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7025	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/
Rb. Midden-Nederland 7 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1391	Nee ²	Ja	/	Ja	Ja	Ja
Hof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1222	Ja ³	Ja	Ja	Ja	/	/
Rb. Overijssel 12 november 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:4050	Ja	Nee	Ja	Nee	/	/

Vindplaats	A	B	C	D	D1	D2
Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1911	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/
Hof Amsterdam 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4372	Ja	Ja	Ja	Ja	Nee	Ja
Rb. Oost-Brabant 26 juni 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:3592	Nee ⁴	Nee	/	/	/	/
Rb. Rotterdam 10 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4378	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/
Rb. Noord-Holland 12 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5118	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Rb. Rotterdam 6 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4546	Nee ⁵	Ja	/	Nee	/	/
Hof 's-Hertogenbosch 6 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:881	Ja ⁶	Ja	Ja	Nee	/	/
Rb. Overijssel 25 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:277	Ja	Nee	Ja	Nee	/	/
Hof 's-Hertogenbosch 10 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1835	Ja	Ja	Ja	Ja	Nee	Ja
Hof 's-Hertogenbosch 5 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1305	Ja ⁷	Ja	Nee	Ja	Nee	Ja
Hof Den Haag 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1141	Nee ⁸	Ja	/	Ja	Nee	Ja
Rb. Midden-Nederland 29 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5456	Ja	Nee	Ja	Ja	Nee	Nee
Rb. Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2116	Ja	Ja	Ja	Nee	/	/
Rb. Rotterdam 19 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5359	Ja	Ja	Ja	Ja	Nee	Ja
Rb. Zwolle-Lelystad 5 juni 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BX2460	Ja	Nee	Ja	Ja	Nee	Ja

Vindplaats	A	B	C	D	D1	D2
Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW2301	Ja ⁹	Nee	Ja	Ja	Ja	Ja
Rb. Amsterdam 28 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV2166	Ja	Nee	Ja	Nee	/	/

- ¹ De opdrachtnemer heeft in het kader van het bestaan van een opzegtermijn onvoldoende (onderbouwd) gesteld.
- ² Het risico van o.a. de onmiddellijke opzegbaarheid van de overeenkomst is volgens de rechter verdisconteerd in het hoge uurtarief van € 120.
- ³ Dat geen redelijke opzegtermijn in acht is genomen, wordt door het hof 'opgelost' door aan de opdrachtnemer een redelijk loon toe te kennen.
- ⁴ De opdrachtnemer heeft in het kader van het bestaan van een opzegtermijn onvoldoende (onderbouwd) gesteld.
- ⁵ Geoordeeld wordt dat onvoldoende redenen zijn gesteld of gebleken die tot het bestaan van een opzegtermijn leiden.
- ⁶ Het hof overweegt dat een opzegging in beginsel niet onverhoeds dient te geschieden. In dit geval zijn tussen het moment van opzeggen en de feitelijke beëindiging van de overeenkomst vijf maanden verstreken, gedurende welke periode de opdrachtgever de maandelijkse fee heeft betaald, wat ik in deze context beschouw als een opzegtermijn.
- ⁷ Het gaat hier om een 'overgangsfase' van een langere periode, wat ik in deze zin aanmerk als een opzegtermijn.
- ⁸ Het hof overweegt dat de opdrachtnemer verzuimt steekhoudende gronden aan te voeren waarom de aard en inhoud van de overeenkomst hier tot de inachtneming van een opzegtermijn nopen, en evenmin voert hij daartoe andere omstandigheden van het geval aan.
- ⁹ Door het ontbreken van een specifieke vordering kan de opzegtermijn alleen niet worden toegewezen.

SAMENVATTING

De groep zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) groeit qua populatie al geruime tijd in Nederland. Er kunnen verschillende soorten contracten ten grondslag liggen aan de werkzaamheden die de zzp'er verricht. De meest voorkomende overeenkomst is in dit verband de overeenkomst van opdracht. De wet spreekt in dit kader over de opdrachtnemer en niet van de zzp'er. De niet-particuliere opdrachtnemer is een zelfstandig ondernemer en wanneer hij een overeenkomst met een niet-particuliere opdrachtgever aangaat, is sprake van een *business-to-business*-relatie. In tegenstelling tot de relatie tussen bijvoorbeeld de werkgever en de werknemer zijn op deze verhouding in principe geen specifieke beschermende rechtsregels van toepassing; contractsvrijheid staat voorop. Dit uitgangspunt wordt ten aanzien van een aantal opdrachtnemers als een steeds urgenter maatschappelijk probleem gezien. Dit betreft de groeiende groep opdrachtnemers die qua positie in bepaalde mate lijkt op de groep werknemers en steeds vaker werkzaamheden verricht die vroeger (alleen) door werknemers werden verricht. Deze groep opdrachtnemers loopt van alle werkenden het meeste risico op feitelijke en juridische ongelijkheid en daarmee uiteindelijk op armoede. De vraag is of het huidige verbintenissenrecht deze opdrachtnemers niet meer bescherming kan bieden dan doorgaans wordt verondersteld zonder meteen al (te) politieke keuzes te moeten maken. Over deze vraag gaat deze studie, meer specifiek over de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging, die alle drie verband houden met de bestaanszekerheid van de opdrachtnemer.

Naast de kwetsbare groep opdrachtnemers is er een heel arsenaal aan opdrachtnemers die niet of in ieder geval minder in een beschermenswaardige positie lijken te verkeren, zoals de opdrachtnemer die een hoog tarief in rekening kan brengen en daardoor niet of minder economisch afhankelijk is. Hierdoor is het vinden van regels voor opdrachtnemers ten aanzien van zowel het huidige als toekomstige recht uiterst complex; onduidelijk is immers welke opdrachtnemer wanneer wordt en zou moeten worden beschermd, welk criterium daarvoor wordt en zou moeten worden gehanteerd en met behulp van welke instrumenten bescherming wordt en zou moeten worden gefaciliteerd. Dit spanningsveld heeft geleid tot de volgende centrale onderzoeksvraag:

In hoeverre en op welke gronden kan het verbintenissenrecht binnen de huidige kaders de opdrachtnemer aan de onderkant bescherming bieden ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging?

Met deze studie beoog ik kennis en inzichten te verkrijgen die niet alleen het huidige beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant verduidelijken op de wezenlijke thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging, maar die ook een gefundeerde afweging

mogelijk maken ten aanzien van de vraag of dit niveau wenselijk en gerechtvaardigd is. De focus lag in dit onderzoek op de (niet-particuliere) opdrachtnemer aan de onderkant, die hoofdzakelijk door middel van zijn eigen arbeid tegen een laag tarief zelf (in persoon) diensten verricht en veelal economisch afhankelijk is van één (niet-particuliere) opdrachtgever. In dit verband heb ik het Nederlandse positieve verbintenissenrecht geanalyseerd en bekeken welke bescherming de opdrachtnemer aan de onderkant momenteel kan ontlenen aan het verbintenissenrecht op de drie genoemde thema's, en daarmee ook welke bescherming momenteel ontbreekt. Op die manier breng ik zowel de mogelijkheden als de knelpunten omtrent het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant met betrekking tot die thema's aan het licht. Met de kennis en inzichten uit dit onderzoek hoop ik een bijdrage te leveren aan (het maatschappelijke, beleidsmatige en rechtswetenschappelijke debat met betrekking tot) de verdere ontwikkeling en vormgeving van de rechtspositie van de opdrachtnemer aan de onderkant, alsook meer houvast te bieden aan zowel rechters als opdrachtgevers en opdrachtnemers zelf.

Dit onderzoek heeft verschillende conclusies opgeleverd. De opdrachtnemer aan de onderkant heeft ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging – zowel individueel als in onderling verband bezien – meer verbintenissenrechtelijke bescherming dan de 'normale' opdrachtnemer, maar minder dan de werknemer. Of het verbintenissenrecht de opdrachtnemer aan de onderkant structureel beschermt, verschilt per thema en hangt af van de individuele kwetsbaarheid of collectieve kwetsbaarheid op dat terrein. Hierbij staat kwetsbaarheid niet altijd gelijk aan de economische positie van de opdrachtnemer, maar kan dat ook zien op bijvoorbeeld zijn veiligheidsafhankelijke positie of het voorkomen van ongewenste concurrentie op arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden tussen zowel werknemers en opdrachtnemers als opdrachtnemers onderling. Waar het voorgaande toe leidt, is dat er daadwerkelijk aanleiding moet zijn de opdrachtnemer te beschermen. Een ongelijkwaardige verhouding tussen partijen ten nadele van de opdrachtnemer aan de onderkant resulteert dus niet per definitie in bescherming, maar kan wel een waardevol gezichtspunt vormen aan de hand waarvan zijn beschermingsniveau kan worden ingevuld. Of de opdrachtnemer een beschermenswaardige positie heeft, kan per thema afwijken en moet daarom ook per thema worden vastgesteld. Dat heeft tot het inzicht geleid dat de problemen en oplossingen per thema, per gevalstype en per type opdrachtnemer (kunnen) variëren. Om die reden lijkt er veel voor te zeggen de verschillende thema's op verscheidene wijzen aan te vliegen. Dit inzicht nodigt uit tot een verdere doordinking van de wijze waarop het beschermingsniveau van de opdrachtnemer aan de onderkant kan worden ingevuld. Zo kan bescherming meer worden gediversifieerd en kan per thema een ander instrument worden overwogen. Op die manier kan recht worden gedaan aan de feitelijke rechtsverhouding die schuilgaat achter de overeenkomst van opdracht.

Al met al kan het verbintenissenrecht binnen de huidige kaders de bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant ten aanzien van de thema's loon, aansprakelijkheid en opzegging vaak goed inpassen in het wettelijk systeem. Vanwege deze conclusie lijkt een apart (alomvattend) wettelijk regime voor de opdrachtnemer aan de onderkant overbodig. Dat neemt niet weg dat de elasticiteit van het huidige verbintenissenrecht op een aantal plaatsen haar grens vindt. Als ruimte voor bescherming ontbreekt, terwijl er – tegen de achtergrond van de individuele of collectieve kwetsbaarheid – goede argumenten (lijken

te) bestaan voor (structurele) bescherming, heb ik dat aangemerkt als knelpunt. In het verlengde daarvan heb ik verschillende instrumenten onderzocht die eventueel een oplossing kunnen bieden voor zo'n knelpunt. Dat heeft geresulteerd in een eerste (bescheiden) aanzet tot verschillende oplossingsrichtingen van de geïdentificeerde knelpunten.

	(Mogelijk) knelpunt	Oplossingsrichting
Hoogte loon	De opdrachtnemer aan de onderkant heeft niet altijd het recht op het minimumloon.	De aandacht wordt verlegd van formele wetgeving naar gedeelde wetgeving.
Tijdig loon	De opdrachtnemer aan de onderkant heeft bij een laattijdige loonbetaling weliswaar recht op de wettelijke handelsrente, maar die lijkt niet (voldoende) effectief.	De opdrachtnemer aan de onderkant krijgt bij een laattijdige betaling de beschikking over een aansporend mechanisme, zoals de wettelijke verhoging.
Opdrachtnemer brengt schade aan opdrachtgever toe	De in veiligheidsafhankelijkheid verkerende opdrachtnemer heeft geen specifieke bescherming.	De regel uit artikel 7:661 BW wordt ook van toepassing verklaard op de artikel 7:658 lid 4 BW-opdrachtnemer.
Opdrachtnemer brengt schade aan derde toe	De niet-ondergeschikte opdrachtnemer kan zich niet beroepen op de verweermiddelen van de opdrachtgever tegenover de derde.	De regel uit artikel 6:257 BW wordt (onder omstandigheden) ook van toepassing verklaard op de opdrachtnemer aan de onderkant.
Opdracht niet uitvoeren, toch loon; opdrachtnemer lijdt schade; opzegtermijn; loon na opzegging	De bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant kan op verschillende plaatsen contractueel worden uitgesloten of beperkt en daarmee zijn bestaanszekerheid aantasten.	Bepaalde bescherming van de opdrachtnemer aan de onderkant krijgt een (semi-)dwingend-rechtelijk karakter, waarbij verschillende grenzen mogelijk zijn waaronder afwijkingen zijn toegestaan.

SUMMARY

In terms of workforce population, the group of solo self-employed persons has been growing in the Netherlands for a prolonged period of time. Different types of contracts may underlie the work performed by the solo self-employed persons. The most commonly seen contract in this context is a contract for services. In this regard the law refers to the individual contractor and not the solo self-employed persons. The professional individual contractor is a self-employed individual and when such an individual enters into a contract with a professional client, it is a business-to-business relationship. Unlike the relationship between an employer and employee, for example, no specific protective legal rules basically apply to this form of relationship; freedom of contract is the starting point here. This principle is seen as an increasingly urgent social problem with regard to a number of individual contractors. This predominantly concerns the growing group of individual contractors who, in terms of position, resemble that of an employee in a typical employer-employee relationship. This is clearly visible as to some extent, and increasingly so, this group of individual contractors perform work that used to be performed (solely) by employees. Of all workers, this group of individual contractors is most at risk of de facto and de jure inequality and as such exposed to potential poverty. The question is whether current contract law can offer these individual contractors more protection (than is usually assumed) without immediately having to resort to political changes. That is the question underlying this study and more specifically assesses and analyses the issues of pay, liability and termination – all related to subsistence security.

Besides the vulnerable group of individual contractors, there are individual contractors with a strong (bargaining) position. An example is the individual contractor who charges a high rate and is therefore not or less economically dependent. This makes finding rules for individual contractors with regard to both current and future law extremely complex; after all, it is unclear which individual contractor is and should be protected and when, what criterion is and should be used to do so, and by which instruments protection is and should be facilitated. This area of tension has led to the following central research question:

Within the current frameworks, to what extent and on what grounds can contract law offer protection to the solo self-employed contractor on the issues of pay, liability and termination?

With this study, I aimed to obtain knowledge and insights that clarify the current level of protection for the individual contractor on the important topics of pay, liability and termination. In doing so, I also sought to come to an informed consideration of whether the individual contractor's level of protection is desirable and justified. The focus in this research was on the (professional) contractor, who mainly provides services himself (in

person) through his own labour at a low rate and is mostly economically dependent on one (professional) client, i.e. the 'solo self-employed contractor'. In this context, I have analysed Dutch contract law and looked at what protection the solo self-employed contractor can currently derive from contract law on the three themes mentioned above, and thus also what protection is currently insufficient under the existing contract law. In this way, I clarify both the possibilities and the bottlenecks regarding the level of protection of the solo self-employed contractor in relation to those themes. With the knowledge and insights from this study, I hope to make a contribution to (the social, policy and law debate regarding) further developments and design of the legal position for the solo self-employed contractor, as well as to provide more guidance to judges, clients and individual contractors themselves.

This research produced several conclusions. With regard to the topics of pay, liability and termination, the solo self-employed contractor has – both individually and in relation to each other – more contract law protection than the 'normal' individual contractor, but less than the employee. Whether contract law structurally protects solo self-employed contractor varies by topic and depends on individual vulnerability or collective vulnerability in that area. Here, vulnerability is not always equal to the economic position of the individual contractor, but can also refer to, for example, his security-dependent position or the prevention of unwanted competition on terms and conditions of employment and working conditions between both employees and individual contractors, as well as between individual contractors themselves. What the foregoing leads to is that there must be an actual reason to protect the individual contractor. Thus, an unequal relationship between parties to the detriment of the solo self-employed contractor does not necessarily result in protection, but may be a valuable viewpoint on the basis of which its level of protection can be fleshed out. Whether the individual contractor has a protectable position may vary from issue to issue and should therefore also be determined from issue to issue. This has provided the insight that the problems and solutions (may) vary by theme, case type and type of individual contractor. For this reason, there seems to be a strong case for approaching the various themes in several ways. This invites to further reflection on how the solo self-employed contractor's level of protection can be fleshed out. As such, protection can be more diversified, and a different instrument can be considered for each and every theme. That way justice can be done to the actual legal relationship behind the contract for services.

All in all, within the current frameworks, contract law can often provide protection of the solo self-employed contractor with regards to the issues of pay, liability and termination well into the existing statutory system. Because of this conclusion, a separate (comprehensive) legal regime for the solo self-employed contractor seems unnecessary. That said, the flexibility of current contract law finds its limit in several places. If there is no room for protection, while – against the background of individual vulnerability or collective vulnerability – there (seems to) be good arguments for (structural) protection, which I have identified as a bottleneck. Following this, I have examined various instruments that could possibly provide a solution to such obstacles. This has resulted in a first (modest) attempt towards different solutions and directions for the identified challenges.

	(Potential) bottleneck	Envisaged solution
Level of pay	The solo self-employed contractor is not always entitled to a minimum wage.	The focus is shifting from formal legislation to delegated legislation.
Timely pay	While the solo self-employed contractor is entitled to statutory commercial interest on late payment of wages, it does not appear to be (sufficiently) effective.	An incentivizing mechanism will be available to the solo self-employed contractor in the event of late payment, such as a legal increase of pay.
Solo self-employed contractor causes damage to client	The solo self-employed contractor in a security-dependent position has no specific protection.	The rule from Article 7:661 of the Dutch Civil Code is also declared applicable to a contractor in the sense of 'Article 7:658 paragraph 4 of the Dutch Civil Code'.
Solo self-employed contractor causes damage to a third party	The non-subordinated contractor cannot rely on the client's protection against a third party.	The rule from Article 6:257 of the Dutch Civil Code is (under circumstances) also declared applicable to the solo self-employed contractor.
Assignment not performed, still paid; Solo self-employed contractor incurs damage; notice period; pay after termination	The solo self-employed contractor's protection can be contractually excluded or limited in several places, thus affecting its subsistence security.	Certain protections for the solo self-employed contractor become (semi-)mandatory, with various scenarios possible under which deviations are allowed.

BRONNENLIJST

Literatuur

Abas, *RMThemis* 1975/2

P. Abas, 'Onmogelijkheid van rechtsuitoefening in het licht van de goede trouw', *RMThemis* 1975/2

ACM 2023

ACM, *Leidraad Tariefafspraken zzp'ers*, februari 2023

Aerts 2007

M.C.M. Aerts, *De zelfstandige in het sociaal recht* (diss. Amsterdam UvA), 2007

Algemene Rekenkamer 2022

Algemene Rekenkamer, *Focus op handhaving Belastingdienst bij schijnzelfstandigheid*, 5 april 2022

Asscher-Vonk 2003

I.P. Asscher-Vonk, 'Werkgeversaansprakelijkheid en nieuwe risico's', in: C.J.M. Klaassen (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003

Asser 2003

W.D.H. Asser, 'De bewijslastverdeling in verband met art. 7:658 lid 2 BW', in: C.J.M. Klaassen (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003

Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022

M.A.M.C. van den Berg & S. van Gulijk, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VI. Aanneming van werk*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Asser/Coehorst, De Leede & Thunnissen 5-III 1988

P.J.M.G. Coehorst, L.J.M. De Leede & H.O. Thunnissen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werking*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988

Asser/Hartkamp 3-I 2023

A.S. Hartkamp, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023

Asser/Heerma van Voss 7-V 2020

G.J.J. Heerma van Voss, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Asser/Houben 7-X 2019

I.S.J. Houben, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Asser/Kortmann 3-III 2017

S.C.J.J. Kortmann (m.m.v. J.S. Kortmann), Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Deel III. Vermogensrecht algemeen. Volmacht en vertegenwoordiging*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Asser/Kortmann, De Leede & Thunnissen 5-III 1994

S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. de Leede & H.O. Thunnissen, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst en aanneming van werk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021

H.J. Rossel & A.H.T. Heisterkamp, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel II. Huur*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

Asser/Scholten Algemeen deel* 1974

P. Scholten, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel**, Deventer: Kluwer 1974

Asser/Sieburgh 6-I 2020

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Asser/Sieburgh 6-II 2021

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

Asser/Sieburgh 6-III 2022

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Asser/Sieburgh 6-IV 2019

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelings-overeenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Asser/Valk 7-III 2020

W.L. Valk, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Pacht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

Asser/Vranken Algemeen deel** 2014**

J. Vranken, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel*****, Deventer: Kluwer 2014

Bakels 2011

F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten (Monografieën BW nr. B58)*, Deventer: Kluwer 2011

Bakker 2021

P.S. Bakker, *Contractsuitleg*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021

Bakker, ORP 2021/2

P.S. Bakker, 'Samenloop tussen wanprestatie en onrechtmatige daad in kort bestek', *ORP 2021/2*

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid: Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), 1992

Barendrecht, NJB 1994/17

J.M. Barendrecht, 'De redelijkheid en billijkheid en het einde van de distributieovereenkomst', *NJB 1994/17*

Barendrecht & Van Peurseem 1997

J.M. Barendrecht & G.R.B. van Peurseem, *Distributieovereenkomsten*, Deventer: Kluwer 1997

Barentsen & Sagel, NJB 2012/2016

B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek van het Sociaal Recht', *NJB 2012/2016*

Beenders & Den Hollander, VrA 2010/1.3

D.J. Beenders & P.W. den Hollander, 'Tussentijdse beëindiging van duurovereenkomsten voor bepaalde tijd', *VrA 2010/1.3*

De Beer 2022

P.T. de Beer, *De mythe van de arbeidsmarkt* (oratie Brussel), Brussel: VUBPRESS 2022

Bennaars & Popma 2018

J.H. Bennaars & J.R. Popma, 'Publiek arbeidsrecht en de werknemerachtige', in: J.H. Bennaars e.a. (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht – Een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Besselink, TAP 2020/190

P.J.B.M. Besselink, 'Kroniek corona – Corona-arbeidsrechtspraak', *TAP 2020/190*

Bier 1988

L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1988

Blanken & Van Noort, TVP 2012/3

C. Blanken & A.H.M. van Noort, 'De zzp'er: een (arbeidson)geval apart', *TVP 2012/3*

Bles 1907

A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst: geschiedenis der wet van den 13den juli 1907* (*Staatsblad no. 193*), 's-Gravenhage: Boekhandel v/h Gebr. Belinfante 1907

Bloembergen, WPNR 1992/6074

A.R. Bloembergen, 'Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel', *WPNR 1992/6074*

Bolt & Spier 1996

A.T. Bolt & J. Spier, 'De uitdijende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht', in: A. T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (preadvies), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Van Boom, WPNR 2001/6441

W.H. van Boom, 'Toerekening van een onrechtmatige daad door mr. C.H. Sieburgh', *WPNR 2001/6441*

Van Boom 2021

W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (preadvies), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021

Boonekamp 2022

R.J.B. Boonekamp, 'Eigen schuld (art. 6:101 BW)', in: A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Boot 2005

G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), 2005

Boot 2012

G.C. Boot, *Zzp-ers: flexibiliteit, bescherming en zekerheid* (oratie Leiden), 2012

Boot, *ArbeidsRecht* 2012/42

G.C. Boot, 'BBA-werknemerschap', *ArbeidsRecht* 2012/42

Boot 2016

G.C. Boot, *Arbeidsrecht geschetst*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016

Boot, *TRA* 2016/44

G.C. Boot, 'Schijnzelfstandigen: de rekenaar, de wetgever en de rechter', *TRA* 2016/44

Boot e.a., *De zzp'er (MSR nr. 64)* 2014

G.C. Boot e.a., *De zelfstandige zonder personeel (Monografieën Sociaal Recht nr. 64)*, Deventer: Kluwer 2014

Van den Born, Van Damme & Van Witteloostejn 2017

J.A. van den Born, E.E.C. van Damme & A. van Witteloostejn, *Mededingingsrecht en de zzp-er. Een economische analyse* (position paper), januari 2017

Bosch & Hebly, *ArA* 2022/2.1

R.S.M. Bosch & M.R. Hebly, 'Bescherming van niet-werknemers via 'analoge toepassing' van artikel 7:658 lid 4 en 7:611 BW?', *ArA* 2022/2.1

Bouma & Frouws 2011

S. Bouma & B. Frouws, *Gebruik van de overeenkomst van opdracht*, eindrapport 12 september 2011

Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht* 2021

W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht 2021*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

Bouwman & De Jong, *AV&S* 2021/3

M. Bouwman & E.R. de Jong, 'Zzp'ers en verkeersongevallen', *AV&S* 2021/3

Van den Brink 2002

V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), 2002

Brink-van der Meer & Van der Vegt, *Contracteren* 2007/4.3

J.E. Brink-van der Meer & A.J. van der Vegt, 'Beëindiging van duurovereenkomsten', *Contracteren* 2007/4.3

Bruins 1906

G.W.J. Bruins, *Een onderzoek naar den achtergrond der schadevergoeding* (diss. Leiden), 1906

Brunner, WPNR 1974/5285

C.J.H. Brunner, 'De opdracht', *WPNR 1974/5285*

Brunner, WPNR 1985/5734

C.J.H. Brunner, 'Het beroep op contractuele exoneratiebedingen door en tegen derden', *WPNR 1985/5734*

Brunner 1992

C.J.H. Brunner, 'De billijkheid in het nieuwe BW', in: C.J.H. Brunner (red.), *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer: Kluwer 1992

Buijs 2022

D.J. Buijs, 'Werknemersaansprakelijkheid (art. 7:661 BW)', in: R.A.A. Duk e.a. (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2022

Bungener 2022

A.F. Bungener, 'Aansprakelijkheid opdrachtgever', in: P. de Casparis & P.G. Kroon (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

CBS 2018

CBS, 'Armoede en sociale uitsluiting', 17 januari 2018

CBS 2019a

CBS, 'Armoederisico in 2017 toegenomen', 13 februari 2019

CBS 2019b

CBS, 'Van werkenden loopt zzp'er meeste risico op armoede', 5 maart 2019

CBS 2020

CBS, 'Hoeveel opdrachtgevers hebben zzp'ers?', 2020

CBS 2021a

CBS, 'Opnieuw minder werkenden met armoederisico', 8 december 2021

CBS 2021b

CBS, 'Armoede en sociale uitsluiting', 2021

CBS 2022

CBS 2022, 'Hoeveel verdienen zzp'ers en hoeveel vermogen hebben ze?', laatst geraadpleegd op 31 december 2022

Coalitieakkoord 2021-2025

Coalitieakkoord 2021-2025, 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', 15 december 2021

Commissie Regulering van Werk 2020

Commissie Regulering van Werk, *In wat voor land willen wij werken?*, eindrapport 23 januari 2020

CPB 2018

CPB, *Verdringing op de arbeidsmarkt*, 2018

Van Dam 2003

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Van Dijke, VR 2016/182

S.C. van Dijke, 'Werkgerelateerde verkeersongevallen. Hoe ver strekt de aansprakelijkheid van werkgever en opdrachtgever?', *VR* 2016/182

Van Dijke & Van Emden, JA 2020/37

S.C. van Dijke & E.A.L. van Emden, 'Noot bij hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10566', *JA* 2020/37

Diris, Jongen & Van Vliet 2022

R. Diris, E. Jongen & O. van Vliet, 'Zelfstandigen hard geraakt door coronacrisis', *ESB* 107 (4810): 248-250

Van Doorn & Van Gulijk, WPNR 2013/6975

C.J.M. van Doorn & S. van Gulijk, 'Het criterium 'werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf' in art. 6:171 BW: zes gezichtspunten uit lagere rechtspraak', *WPNR* 2013/6975

Drijber, Ondernemingsrecht 2022/44

B.J. Drijber, 'Versoepeling Europees kartelverbod voor collectieve afspraken met zzp'ers', *Ondernemingsrecht* 2022/44

Drion, ORP 2018/172

C.E. Drion, 'Drafting tips & skills: beëindiging van contracten en beëindigingsbepalingen,' *ORP* 2018/172

Van Drongelen, ArbeidsRecht 2016/45

J. van Drongelen, 'Aansprakelijkheid voor een arbeidsongeval van een zzp'er', *ArbeidsRecht* 2016/45

Van Drongelen, ArbeidsRecht 2017/46

J. van Drongelen, 'De WML; enkele kanttekeningen bij de Regeling voorwaarden en publicatie stukloonnorm', *ArbeidsRecht* 2017/46

Van Drongelen & De Kort, TRA 2016/24

J. van Drongelen & H.C.M. de Kort 2016, 'De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en de overeenkomst van opdracht', *TRA* 2016/24

Duyvensz 2003

J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule* (diss. Tilburg), 2003

Ernes 2019

A.L.H. Ernes, 'Opdracht', in: H.N. Schelhaas & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Festen-Hoff, SMA 1996/2

K. Festen-Hoff, 'Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen, overkomen aan flexibele arbeidskrachten', *SMA* 1996/2

Frade & Darmon 2003

C. Frade & I. Darmon, 'Rights versus Opportunities in the Study of Precarious Employment: Two Conflicting Theoretical and Policy Approaches to the Social Question', paper presented at the International Seminar on Risk and Insecurity in Flexible Economies, organized by the ESOPE Project, University of Warwick, Coventry (UK) 2003

Franke 2022

M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad. Een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022

Frenk, NTBR 1998/2

N. Frenk, 'Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen in driehoeksverhoudingen en buiten arbeidsovereenkomst', *NTBR* 1998/2

Frenken e.a. 2017

K. Frenken e.a., *Eerlijk delen - Waarborgen van publieke belangen in de deeleconomie en de kluseconomie*, Den Haag: Rathenau Instituut 2017

Freudenthal, Milo & Schelhaas, NTBR 2003/2

M. Freudenthal, J.M. Milo & H.N. Schelhaas, 'Nederlandse zuinigheid bij Europese betalingsachterstand. De wetswijziging betalingsachterstanden in handelsovereenkomsten nader beschouwd', *NTBR* 2003/2

De Galan & Van Miltenburg 1980

C. de Galan & A.J.M. van Miltenburg, *Economie van de arbeid*, Alphen aan de Rijn: Samsom Tjeenk Willink 1980

Geers, SMA 2003/9

A.J.C.M. Geers, 'De bescherming van de Hoge Raad', *SMA* 2003/9

Gerbrandy & Kreijger 2017

A. Gerbrandy & P.J. Kreijger, *Mededingingsrecht in relatie tot samenwerking tussen zzp-ers* (position paper), januari 2017

Goedmakers 1998

A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad*, Arnhem: Gouda Quint 1998

Gouweloos, JA 2012/110

D.M. Gouweloos, 'Noot bij 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616', *JA* 2012/110

Gouweloos, JA 2013/154

D.M. Gouweloos, 'Noot bij rb. Midden-Nederland 23 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2855', *JA* 2013/154

De Graaf, Exoneraties in (ICT-) contracten tussen professionele partijen (R&P nr. 141) 2006

T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-) contracten tussen professionele partijen (Recht en Praktijk nr. 141)* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006

De Graaf, JAR 2022/168

L.B. de Graaf, 'Noot bij rb. Overijssel 24 mei 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1646', *JAR* 2022/168

De Graaf & Dekker, TAC 2020/3

L.B. de Graaf & F.M. Dekker, 'Corona en wijziging van de individuele en collectieve arbeids-overeenkomst via artikel 6:258 BW', *TAC* 2020/3

Van der Grinten 1991

W.C.L. van der Grinten, 'Boek 7 BW', in: R.J.N. Schlössels e.a., *In het nu, wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1991

Van der Grinten 1993

W.C.L. van der Grinten, *Lastgeving (Monografieën BW nr. B81)*, Deventer: Kluwer 1993

Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht 2020

W.C.L. van der Grinten/W.H.A.C.M. Bouwens, D.M.A. Bij de Vaate & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

De Groot, NJB 1991/18

E.W. de Groot, 'De golfloorlog, werktijdverkorting en art. 1638d BW', *NJB* 1991/18

Grooten, NJB 2011/1704

W.M.H. Grooten, 'Richtlijn 2011/7. Over betalingstermijnen, interest en incassokosten', *NJB* 2011/1704

Grooten, TvI 2017/6

W.M.H. Grooten, 'Het tegengaan van onredelijke lange betaaltermijnen', *TvI* 2017/6

Grooten, Bb 2020/82

W.M.H. Grooten, 'Betaaltermijnen: the never ending story', *Bb* 2020/82

Grosheide, JAR 2022/55

E.F. Grosheide, 'Noot bij HvJ EU 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33', *JAR* 2022/55

Grosheide & Van der Neut, TAC 2021/3

E.F. Grosheide & N.M.Q. van der Neut, 'Over uitleg en kwalificatie: zo hebben we het nooit bedoeld', *TAC* 2021/3

Grosheide & Van der Neut, TAC 2022/2

E.F. Grosheide & N.M.Q. van der Neut, 'Over uitleg en kwalificatie: het relatief gewicht van de contractstekst', *TAC* 2022/2

Van Gulijk, WPNR 2015/7057

S. van Gulijk, 'Derdenwerking van exonatiebedingen: een analyse van recente rechtspraak en enige opmerkingen over de ontwikkeling van dit leerstuk vanuit het bouwcontractenrecht', *WPNR* 2015/7057

Haak & Zwitser 2003

K.F. Haak & R. Zwitser, *Opdracht aan hulppersonen*, Deventer: Kluwer 2003

Hammerstein & Vranken 2003

A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking (Monografie nieuw BW nr. A10)*, Deventer: Kluwer 2003

Hartkamp, WPNR 1981/5559

A.S. Hartkamp, 'Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW (I)', *WPNR* 1981/5559

Hartkamp 1991

A.S. Hartkamp, 'De taak van de privaatrechtelijke wetgever na de invoering van het nieuwe vermogensrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a., *In het nu, wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1991

Hartlief 1997

T. Hartlief, 'Van art. 7A:1638x naar art. 7:658 BW', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Tjeenk Willink 1997

Hartlief 1999a

T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999

Hartlief 1999b

T. Hartlief, 'Contractvrijheid: een inleiding', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999

Hartlief, *RMThemis* 2002/2

T. Hartlief, 'Werkgevers aansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW', *RMThemis* 2002/2

Hartlief 2003

T. Hartlief, 'Vergoeding van arbeidsgerelateerde schade op andere leest geschoeid', in: C.J.M. Klaassen (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003

Hartlief, *AA* 2011/0053

T. Hartlief, 'Waar ligt de toekomst van artikel 6:170: in Wenen of in Brussel?', *AA* 2011/0053

Hartlief, *NJB* 2012/1517

T. Hartlief, 'Verzekerd van bescherming?', *NJB* 2012/1517

Hartlief, *NJ* 2015/182

T. Hartlief, 'Noot bij HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519', *NJ* 2015/182

Hartlief & Tjittes 1990

T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *De invloed van verzekeringen op de civiele aansprakelijkheid: privaatrechtelijke aspecten* (preadvies), Lelystad: Koninklijke Vermande 1990

Hartlief & Tjittes 1999

T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekeringen en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999

Heerma van Voss, *NJ* 2014/414

G.J.J. Heerma van Voss, 'Noot bij HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616', *NJ* 2014/414

Ter Heide, Makkink & Schreuder, *NTBR* 2006/52

A.E.B. ter Heide, G.C. Makkink & D.A. Schreuder, 'Kroniek bijzondere overeenkomsten', *NTBR* 2006/52

Van der Heijden 1996

P.F. van der Heijden, *Arbeidsrechtspraak: civiele rechtspraak in arbeidszaken*, Deventer: Kluwer 1994

Van der Heijden & Noordam 2001

P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (preadvies), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001

Van Heijningen, *WPNR* 1985/5741

J.A.M. van Heijningen, 'De standaardregeling een novum in het Nieuwe Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 1985/5741

Hesselink 1999

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), 1999

Hiel, JA 2018/33

M.F.J. Hiel, 'Noot bij rb. Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6028', *JA* 2018/33

Hijma, NJ 2008/41

Jac. Hijma, 'Noot bij HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4481', *NJ* 2008/41

Hijma, NJ 2011/4

Jac. Hijma, 'Noot bij HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1680', *NJ* 2011/4

Hijma, Algemene voorwaarden (Mon. BW nr. B55) 2016

Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden (Monografieën BW nr. B55)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Hijma 2022

Jac. Hijma, 'Algemene voorwaarden', in: Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Van Hoek, TRA 2012/95

A.A. van Hoek, 'De werkingssfeer van het BBA na het NUON arrest van de Hoge Raad', *TRA* 2012/95

Hoekzema 2000

J.W. Hoekzema, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad: een rechtsvergelijkende studie* (diss. Groningen), 2000

Hondius 1978

E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden, Rechtsvergelijkende beschouwingen over de standaardisering van kontraktsbedingen en overheidstoezicht daarop* (diss. Maastricht), 1978

Hondius 1993

E.H. Hondius, 'Standaardregelingen in de bouw', in: E.H. Hondius & A.G.J. Wassenaer, *Van standaardvoorwaarden naar standaardregeling?* (preadvies), Deventer: Kluwer 1993

Hondius 1999

E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigma's van het privaatrecht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999

De Hoogh & Lindenbergh, AA 2012/0669

A.N.L. De Hoogh & S.D. Lindenbergh, 'Over verwachtingen, ontwikkelingen en verwachtingen', *AA* 2012/0669

De Hoon, NJB 2010/1062

M.W. de Hoon, 'Vuistregels voor een redelijke opzegtermijn', *NJB* 2010/1062

Houben 2005

I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), 2005

Houben, AA 2017/0600

I.S.J. Houben, 'Autonomie in het contractenrecht: de bescherming van de ondernemer', AA 2017/0600

Houben & Nijland, Contracteren 2016/3.2

I.S.J. Houben & J. Nijland, 'De niet-opzegbare duurovereenkomst', *Contracteren* 2016/3.2

Houben & Nijland, MvV 2019/9.4

I.S.J. Houben & J. Nijland, 'Het vereiste van de zwaarwegende grond bij opzegging van duurovereenkomsten: niet dood en begraven', *MvV* 2019/9.4

Houweling 2012

A.R. Houweling, *Arbeidsrecht op de schop: Eigenaardig arbeidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2012

Houweling, JIN 2012/72

A.R. Houweling, 'Noot bij HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616', *JIN* 2012/72

Houweling 2020

A.R. Houweling, 'Arbeid en loon' en 'Schade tijdens de arbeidsovereenkomst', in: A.R. Houweling (red.), *Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2020

Houweling, MvV 2020/9.1

A.R. Houweling, 'Corona en arbeidsrecht: hoe NOW verder met loon en werkplek?!', *MvV* 2020/9.1

Houweling 2021

A.R. Houweling, 'De zelfstandige zonder personeel', in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2021

Houweling, TAC 2021/2

A.R. Houweling, 'SER-advies 2021: een geslaagde onvoldoende voor het Sociaal Akkoord arbeidsmarkt', *TAC* 2021/2

Houweling & Schneider, AV&S 2012/11

A.R. Houweling & P.L.M. Schneider, 'Werkgevers aansprakelijkheid voor zzp'ers', *AV&S* 2012/11

Hulstein & Van der Kolk-Heinsbroek, PIV-Bulletin 2012/4

M. Hulstein & C. van der Kolk-Heinsbroek, 'Is uitbreiding van art. 7:661 BW wenselijk?', *PIV-Bulletin* 2012/4

IBO 2015

IBO, *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, april 2015

Intrum Justitia 2019

Intrum Justitia, *European Payment Report 2019*, 2019

Jacobs & Roozendaal, SMA 2007/11

A.T.J.M. Jacobs & W.L. Roozendaal, 'De spanning van de contractsband in de arbeidsovereenkomst', *SMA* 2007/11

Jansen 2003

C.J.H. Jansen, 'Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19^e eeuw', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Jansen, Onrechtmatige daad: algemene bepalingen (Mon. BW nr. B45) 2009

C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen (Monografieën BW nr. B45)*, Deventer: Kluwer 2009

Jansen, Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg (MSR nr. 74) 2019

N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg (Monografieën Sociaal Recht nr. 74)* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019

Jansen & Loonstra, ArA 2006/1.3

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Inhoud, stelplicht en bewijslast bewuste roekeloosheid', *ArA* 2006/1.3

De Jong, Niet-nakoming van verbintenissen (Mon. BW nr. B33) 2017

G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen (Monografieën BW nr. B33)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Jongeneel, NJB 2017/1855

R.H.C. Jongeneel, 'Zestig dagen max', *NJB* 2017/1855

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), 2003

Keirse 2021

A.L.M. Keirse, 'Kwalitatieve aansprakelijkheid (afdeling 6.3.2)', in: T. Hartlief, W.H. van Boom, A.L.M. Keirse & S.D. Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

Keirse & Jongeneel, Eigen schuld en medeaansprakelijkheid (Mon. Pr. nr. 16) 2013

A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid (Monografieën Privaatrecht nr. 16)*, Deventer: Kluwer 2013

Kerpestein 2005

G.M. Kerpestein, *Huur en verhuur van bedrijfsruimte* (diss. Leiden), 2005

Kerpestein 2012

G.M. Kerpestein, *Huurrecht bedrijfsruimte*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012

Klaassen 1991

C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid: de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet* (diss. Nijmegen), 1991

Klaassen 2000

C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie* (oratie Nijmegen), 2000

Klaassen 2003

C.J.M. Klaassen, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van werknemers: verandering gewenst?', in: C.J.M. Klaassen (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003

Klaassen, AV&S 2003/6

C.J.M. Klaassen, 'Noot bij HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7000', *AV&S 2003/6*

Knape, WPNR 1986/5794

C.A. Knape, 'Artikel 6.5.3.8a. Een paardesprong te ver', *WPNR 1986/5794*

Kolder, NTBR 2010/36

A. Kolder, 'Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid; functioneel verband binnen artikel 6:181 BW', *NTBR 2010/36*

Kolder, JA 2013/123

A. Kolder, 'Noot bij rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3498', *JA 2013/123*

Kolder, AV&S 2015/1

A. Kolder, 'De schadelijgende en -berokkenende zzp'er', *AV&S 2015/1*

Kolder, AV&S 2018/25

A. Kolder, 'Kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsgerelateerde schade', *AV&S 2018/25*

Kolder, AV&S 2023/14

A. Kolder, 'Over de grenzen van werkgeversaansprakelijkheid', *AV&S 2023/14*

Kolder & Oldenhuis, WPNR 2017/7133

A. Kolder & F.T. Oldenhuis, '25 jaar risicoaansprakelijkheid voor personen en zaken', *WPNR 2017/7133*

Kolder & Zwols, MvV 2012/6.2

A. Kolder & R.K.R. Zwols, 'De zelfstandige betekenis van lid 4 van art. 7:658 BW', *MvV 2012/6.2*

De Koning, NJB 2017/967

M.T.A.H. de Koning, 'Het 'wettelijk haakje' van de Nederlandse Franchise Code', *NJB* 2017/967

Koopmans 1962

T. Koopmans, *De begrippen werkman, arbeider en werknemer* (diss. Amsterdam UvA), 1962

Kortmann 1977

S.C.J.J. Kortmann, *'Derden'-werking van aansprakelijkheidsbedingen* (diss. Nijmegen), 1977

Kortmann, WPNR 1990/5982

S.C.J.J. Kortmann, 'De overeenkomst van opdracht, de lastgeving en de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *WPNR* 1990/5982

Kortmann, WPNR 1994/6134

S.C.J.J. Kortmann, 'Vragen over het einde van de opdracht', *WPNR* 1994/6134

Kösters, Van den Brakel & Loog, Sociaaleconomische trends 2016/07

L. Kösters, M. van den Brakel & B. Loog, 'Zzp'ers met een korte werkweek', *Sociaaleconomische trends* 2016/07

Kroon 2022

J.P. Kroon, 'Werkgeversaansprakelijkheid (art. 7:658 BW)', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeids-overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer

Laagland, NTBR 2015/6

F.G. Laagland, 'Opzet en bewuste roekeloosheid als begrenzing voor werknemersaansprakelijkheid', *NTBR* 2015/6

Laagland 2018

F.G. Laagland, *Voorbij de grenzen van het Nederlandse werknemersbegrip. Een Europese analyse van de zzp-plannen van het Nederlandse kabinet* (oratie Nijmegen), 2018

Laagland, ArA 2020/3.2

F.G. Laagland, 'Bindende minimumtarieven voor echte zelfstandigen: een analyse van Nederlands en Europees recht', *ArA* 2020/3.2

De Laat, TRA 2017/69

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

Lamers 2012

A.H. Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012

Lauxtermann, AV&S 2022/22

M.R. Lauxtermann, 'Verzekeringsplicht opdrachtgever voor verkeersschade zzp'er?', *AV&S* 2022/22

Lebbing & Van der Veen, TVP 2011/3

H. Lebbing & A. van der Veen, 'Aansprakelijkheid voor (letsel)schade van een zzp'er', *TVP* 2011/3

Van Lennep 1895

H. van Lennep, *Een onderzoek naar den achtergrond der aansprakelijkheid voor schade door ondergeschikten veroorzaakt* (diss. Amsterdam UvA), 1895

Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen, Hartkamps Compendium van het vermogensrecht 2017

R.W.E. van Leuken, M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Levenbach 1923

M.G. Levenbach, *Iets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden* (diss. Amsterdam UvA), 1923

Levenbach 1977

M.G. Levenbach, 'Veertig jaar arbeidsrecht', in: H.L. Bakels, *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer: Kluwer 1977

Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten (Mon. Pr. nr. 13) 2021

S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten (Monografieën Privaatrecht nr. 13)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

Lindenbergh & Schneider, TAP 2009/3

S.D. Lindenbergh & P.L.M. Schneider, 'De reikwijdte van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen van ingeleend personeel. Over de grenzen van artikel 7:658 lid 4 BW', *TAP* 2009/3

Lindenbergh & Stam 2017

S.D. Lindenbergh & J.K. Stam, 'Kwalitatieve aansprakelijkheden van Afdeling 6.3.2 BW, over steken en patronen', in: M.T. Beumers e.a., *Vijftig weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017

Loonstra & Zondag, ArA 2003/3.3

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'De bewust roekeloos handelende werknemer. Beschouwingen over het begrip 'bewuste roekeloosheid' in titel 7.10 BW', *ArA* 2003/3.3

Loos 1996

M.B.M. Loos, 'Toekomst voor de standaardregeling?', in: J.M. van Buren-Dee, E.H. Hondius & P.A. Kottenhagen-Edzes (red.), *Consument zonder grenzen*, Deventer: Kluwer 1996

Loos, NTBR 1999/8

M.B.M. Loos, 'Schadevergoeding voor een onvoorzichtige opdrachtnemer', *NTBR* 1999/8

Loos 2018

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018

Loth 2009

M. Loth, *Dwingend en aanvullend recht (Monografieën BW nr. A19)*, Deventer: Kluwer 2009

Lubach 2005

R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen: over de achtergrond, reikwijdte en toepassing van art. 6 (diss. Groningen)*, 2005

Lubach, MvV 2011/9.1

R.D. Lubach, 'Twintig jaar nieuwe aansprakelijkheden voor personen. Over de (beperkte) betekenis van art. 6:171 en 6:172 BW', *MvV* 2011/9.1

Lubach 2016

R.D. Lubach, 'Het profijtbeginsel in de Groninger theorie en praktijk', in: A.J. Verheij & A. Kolder, *Kwaliteit in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016

Margetson, NTHR 2011/4

N.J. Margetson, 'Wijziging van Richtlijn 2000/35/EG betreffende bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties', *NTHR* 2011/4

Meijers 1918

E.M. Meijers, *Behoort verandering in de feitelijke omstandigheden, waaronder een overeenkomst is gesloten, invloed te hebben op haar voortbestaan? Zoo ja, welke wettelijke regeling is te dien aanzien wenschelijk?* (preadvies), Den Haag: F.J. Belinfante 1918

Memelink 2009

P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), 2009

Memelink, AA 2010/0658

P. Memelink, 'De verkeersopvatting', *AA* 2010/0658

Menting & Vranken 2014

M. Menting & J.B.M. Vranken, 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland', in: M. Menting, J.B.M. Vranken & M.W. Scheltema, *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief* (preadvies), Zutphen: Uitgeverij Paris 2014

Mok 1975

M.R. Mok, 'Conflicterende vrijheden in het kartelrecht', in: E.H. s' Jacob & E.A. Alkema, *Vrijheid en recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975

Molengraaff, RM 1895/14

W.L.P.A. Molengraaff, 'Oude en nieuwe woekerwetten', *RM* 1895/14

De Mönnink, *NJB* 2009/1480

T. de Mönnink, 'Een distributeur is in de regel beter af dan een handelsagent. Rechtszekerheid vs. een duidelijk wettelijk kader', *NJB* 2009/1480

Montebovi 2021

S. Montebovi, *ZPP en sociale zekerheid in Nederland: Naar een grotere openheid voor meer bescherming van de zelfstandige*, Tilburg University 2021

Mundlak 2011

G. Mundlak, 'The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers', in: G. Davidov & B. Langille, *The idea of labour law*, Oxford: Oxford University Press 2011

Van der Neut 2019

N.M.Q. van der Neut, 'Reactie op concept regeling Wet minimumbeloning zelfstandigen en Wet op de zelfstandigenverklaring', 9 december 2019 (te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl/minimumbeloningzelfstandigen/reacties>)

Van der Neut, *JAR* 2021/62

N.M.Q. van der Neut, 'Noot bij hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392', *JAR* 2021/62

Van der Neut, *ArbeidsRecht* 2021/48

N.M.Q. van der Neut, 'Kwalificeren op volle toeren: enkele opmerkingen in het licht van de Uber-uitspraak', *ArbeidsRecht* 2021/48

Van der Neut, *ArbeidsRecht* 2023/29

N.M.Q. van der Neut, 'De Hoge Raad 'delivers': een nieuw kwalificatiehoofdstuk', *Arbeids-Recht* 2023/29

Van der Neut, *TvO* 2023/3.2

N.M.Q. van der Neut, 'De invloed van de verbintenisrechtelijke opzegregels op de overeenkomst van opdracht', *TvO* 2023/3.2

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), 1979

Van Nieuwstadt, *ArbeidsRecht* 2005/55

T. van Nieuwstadt, 'Werkgeversaansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW én 7:611 BW: twee keer schieten altijd raak?', *ArbeidsRecht* 2005/55

Van Noort, *Bb* 2020/36

J.M. van Noort, 'De gevolgen van de corona-crisis voor commerciële huurovereenkomsten', *Bb* 2020/36

OESO 2018

OESO, *Economic survey of the Netherlands 2018*, juli 2018

Oldenhuis, Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen (Mon. BW nr. B46) 2021

F.T. Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen (Monografieën BW nr. B46)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

Oldenhuis & Manders 2022

F.T. Oldenhuis & C.F. Manders, 'De kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever (art. 6:170 BW)', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Van Ommeren, NJB 1990/19

F.J. van Ommeren, 'Standaardregelingen zijn algemeen verbindend', *NJB* 1990/19

Opdam, TRA 2022/78

M. Opdam, 'Verzekeringsplicht voor verkeersongevallen: ook bij inschakeling van zzp'ers?', *TRA* 2022/78

Oskam, TVP 2021/4

P. Oskam, 'De verzekeringsplicht in de relatie tot de zzp'er. Hoe krachtig is de rem van de Hoge Raad?', *TVP* 2021/4

Panteia 2013

Panteia, *Stukloon op de werkvloer. Resultaten van een kwalitatief onderzoek*, 17 december 2013

Van de Paverd 1999

C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten. Een onderzoek naar regels betreffende de opzegging van distributieovereenkomsten, in het bijzonder de grondslagen daarvan* (diss. Amsterdam VU), 1999

Pavillon, TvC 2019/3

C.M.D.S. Pavillon, 'De zzp'er verdient betere bescherming maar welke bescherming precies? Een pleidooi voor de aanpassing van titel 6.3.4 BW', *TvC* 2019/3

Pavillon 2021

C.M.D.S. Pavillon, 'Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt?', in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom, *Privaatrechrechtelijke bescherming herijkt* (preadvis), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021

Van Peijpe, SMA 1974/3

T. van Peijpe, 'Recht op loon bij overmacht', *SMA* 1974/3

Pennings 2019

F.J.L. Pennings, 'Mogelijkheden voor verbetering van de positie van zzp'ers', in: L. Holtus (red.), *Deining* (afscheidsbundel J.J.M. de Laat), Den Haag: Sdu Uitgevers 2019

Du Perron 1995

C.E. du Perron, 'Opdracht', in: A.L. Croes e.a., *Bijzondere overeenkomsten*, Arnhem: Gouda Quint 1995

Du Perron 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. Amsterdam UvA), 1999

Van der Pijl, ArbeidsRecht 1999/57

J.N. van der Pijl, 'Beëindiging van de overeenkomst van opdracht en het BBA 1945', *ArbeidsRecht* 1999/57

Pitlo/Croes e.a. 1995

A.L. Croes e.a. *Bijzondere overeenkomsten*, Arnhem: Gouda Quint 1995

Quist, ArA 2010/1.1

J.P. Quist, 'De werkgever en het kelderluik – Over toepassing van de Kelderluik-criteria bij artikel 7:162 en artikel 7:658 BW', *ArA* 2010/1.1

Quist, JA 2016/161

J.P. Quist, 'Noot bij hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5294', *JA* 2016/161

Raaijmakers 2002

G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames: over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames* (diss. Tilburg), 2002

Rauws 2003

W. Rauws, 'Werk maken van arbeidsongeschiktheid: 'risque professional' of 'risque social'?', in: T. Hartlief & S. Klosse, *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom juridisch 2018

Regeerakkoord 2017-2021

Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst', 10 oktober 2017

Rogmans 2007

B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen (Monografieën BW nr. A20)*, Deventer: Kluwer 2007

Rombach, WPNR 1974/5249-5250

J. Rombach, 'Hedendaagse opvattingen over rechtsvinding en rechterlijke functie', *WPNR* 1974/5249-5250

Rood 1981

M.G. Rood, 'Over vage normen in het sociaal recht', in: *Gratia commercii* (afscheidsbundel Van Oven), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981

Roth & Van der Kolk, L&S 2013/2

J. Roth & D.J. van der Kolk, 'Davelaar/Allspan (vervolg) en Ritsma/Lansink', *L&S* 2013/2

Rozeman, NtER 2011/5

A.C. Rozeman, 'Nieuwe Richtlijn betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties: zal het gewenste effect ditmaal wél worden bereikt?', *NtER* 2011/5

Ruizeveld, TRA 2012/58

M.D. Ruizeveld, 'Noot bij HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616', *TRA* 2012/58

Said, De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip (MSR nr. 79) 2022

S. Said, *De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip. Sociaalrechtelijke uitdagingen in tijden van digitale transformatie (Monografieën Sociaal Recht nr. 79)* (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2022

Savage e.a., Sociology 2013/47 (2)

M. Savage e.a., 'A new model of social class? Findings from the bbc's great British class survey experiment', *Sociology* 2013/47 (2)

Schelhaas, NTBR 2008/4

H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten. Over redelijkheid & billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten', *NTBR* 2008/4

Schelhaas, MvV 2011/10.2

H.N. Schelhaas, 'Wijziging van de Europese richtlijn betalingsachterstanden', *MvV* 2011/10.2

Schelhaas, Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5) 2017

H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Monografieën BW nr. A5)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Schelhaas 2018

H.N. Schelhaas, *Commerciële contracten – consistentere differentiëren?* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2018

Schelhaas, AA 2018/0681

H.N. Schelhaas, 'Bescherming voor de zelfstandige zonder personeel in het contractenrecht', *AA* 2018/0681

Schelhaas, AA 2022/0118

H.N. Schelhaas, 'De Hoge Raad spreekt zich uit over corona als onvoorziene omstandigheid in het contractenrecht', *AA* 2022/0118

Schelhaas & Spanjaard, Contracteren 2017/3.6

H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Het wetsvoorstel franchise: better think twice', *Contracteren* 2017/3.6

Schelhaas & Spanjaard, *Contracteren* 2018/2.3

H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Beëindigingsbedingen zijn helemaal het einde, of toch niet?', *Contracteren* 2018/2.3

Schelhaas & Spanjaard, *NJB* 2020/881

H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020/881

Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (Mon. Pr. nr. 20) 2022*

H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen. In nationaal en internationaal perspectief (Monografieën Privaatrecht nr. 20)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Schneider, *TAP* 2011/7

P.L.M. Schneider, 'Is de zzp-er een persoon in de zin van art. 7:658 lid 4 BW', *TAP* 2011/7

Scholten 1899

P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss. Amsterdam UvA), 1899

Scholten, *NJ* 1973/60

G.J. Scholten, 'Noot bij HR 10 november 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1657', *NJ* 1973/60

Scholtens, *ArA* 2005/3.2

C.G. Scholtens, 'Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA in 1940-1945', *ArA* 2005/3.2

Schoordijk, *NJB* 1973/24A

H.C.F. Schoordijk, 'De ontwerpregeling van de opdracht in het zevende boek', *NJB* 1973/24A

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979

Schouten, *TAP* 2014/205

B. Schouten, 'Opzet of bewuste roekeloosheid ex art. 7:661 BW en de behoefte aan een soepeler maatstaf voor werknemersaansprakelijkheid', *TAP* 2014/205

Schouten, *ArA* 2014/3.2

B. Schouten, 'De systematiek van bewuste roekeloosheid als schuld criterium bij arbeidsrechtelijke aansprakelijkheidskwesties', *ArA* 2014/3.2

Schouten 2020

B. Schouten, *Opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht en het privaatrecht* (diss. Rotterdam), 2020

Schouten, AV&S 2021/27

B. Schouten, 'De objectiverende tendens bij de uitleg van bewuste roekeloosheid', *AV&S* 2021/27

Schreuder, JA 2014/118

A.I. Schreuder, 'Noot bij rb. Den Haag 1 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8149', *JA* 2014/118

Schut 1963

G.H.A. Schut, *Rechterlijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (diss Amsterdam UvA), 1963

Schut 1984

G.H.A. Schut, 'Crediteurovermacht en billijkheid in het NBW', in: W.C.L. van der Grinten & E.A.A. Luijten, *Goed & trouw* (afscheidsbundel Van der Grinten), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984

SCP 2018

SCP-studie, *Als werk weinig opbrengt; Werkende armen in vijf Europese landen en twintig Nederlandse gemeenten*, 3 oktober 2018

SEO 2018

SEO, *Karakteristieken en tarieven zzp'ers*, augustus 2018

SER 2021

SER, *Sociaal-economisch beleid 2021-2025. Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*, advies 21/08

Sieburgh 2000

C.A. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), 2000

Sira Consulting 2020

Sira Consulting, *Onderzoek naar de bestrijding van lange betaaltermijnen. Onderzoek naar welke maatregelen het mkb, naast het aanscherpen van wetgeving, kunnen helpen om tijdige betalingen te bevorderen*, 2020

Van Slooten 1999

J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam UvA), 1999

Van Slooten 2018

J.M. van Slooten, 'Civielrechtelijke regulering', in: J.H. Bennaars e.a., *De werknemerachtige in het sociaal recht – Een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Van Slooten, Ondernemingsrecht 2019/132

J.M. van Slooten, 'Zzp troubles', *Ondernemingsrecht* 2019/132

Van Slooten, Ondernemingsrecht 2020/64

J.M. van Slooten 2020, 'De NOW 1.0: een loonsubsidieregeling met enkele strategische aspecten', *Ondernemingsrecht 2020/64*

Van Slooten, JAR 2020/156

J.M. van Slooten, 'Noot bij rb. Oost-Brabant 29 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2838', *JAR 2020/156*

Van Slooten & Westerveld 2018

J.M. van Slooten & M. Westerveld, 'De werknemerachtige in het sociaal recht: conclusie', in: J.H. Bennaars e.a., *De werknemerachtige in het sociaal recht – Een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Smit 1996

F.M. Smit, *De agentuurovereenkomst tussen handelsagent en principaal*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Snijders, WPNR 2007/6693

W.L. Snijders, 'Beperkende werking, een paradox of instrument?', *WPNR 2007/6693*

Sociaal Akkoord 2013

Sociaal Akkoord, 'Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020', 11 april 2013

Standing 2011

G. Standing, *The Precariat: The New Dangerous Class*, London: Bloomsbury Academic 2011

Stein, NJ 1991/742

P.A. Stein, 'Noot bij HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0291', *NJ 1991/742*

Stein, NJ 1997/198

P.A. Stein, 'Noot bij HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZX2142', *NJ 1997/198*

Streefkerk, Schuldeisersverzuim (Mon. BW nr. B32c) 2018

C.A. Streefkerk, *Schuldeisersverzuim (Monografieën BW nr. B32c)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Strijbos 1985

J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten* (diss. Nijmegen), 1985

Stutterheim, MAB 1991/65(12)

R.H. Stutterheim, 'Standaardregelingen en Algemene voorwaarden', *MAB 1991/65(12)*

Tak, NJB 1990/19

A.Q.C. Tak, 'Toetsing van standaardregelingen', *NJB 1990/19*

Van Tiggele-van der Velde, AV&S 2022/17

N. van Tiggele-van der Velde, 'Als verplichten zekerheid biedt. Een redactioneel over bescherming van de zzp'er tegen het risico van arbeidsongeschiktheid', *AV&S* 2022/17

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen* (diss. Groningen), 1994

Tjittes 1996

R.P.J.L. Tjittes, *Bezwaarde verwanten* (oratie Amsterdam VU), 1996

Tjittes 1997

R.P.J.L. Tjittes, 'Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers', in: S.C.J.J. Kortmann, *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

Tjittes, Contracteren 2001/2

R.P.J.L. Tjittes, 'Enige opmerkingen over de beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid in het ondernemerscontractenrecht', *Contracteren* 2001/2

Tjittes 2009

R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009

Tjittes 2022

R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2022

Tjittes & Tetelepta, Contracteren 2020/3.5

R.P.J.L. Tjittes & J.V. Tetelepta, 'Lessen uit de eerste rechterlijke uitspraken over de COVID-19-crisis en onvoorziene omstandigheden en overmacht bij commerciële contracten', *Contracteren* 2020/3.5

Tjong Tjin Tai 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), 2007

Tjong Tjin Tai, MvV 2007/11.1

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Directe schade in het contractenrecht', *MvV* 2007/11.1

Tjong Tjin Tai, Bb 2010/14

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Aansprakelijkheid voor anderen', *Bb* 2010/14

Tjong Tjin Tai, MvV 2010/1.7

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De verkeersopvatting – Proefschrift van mr. P. Memelink', *MvV* 2010/1.7

Tjong Tjin Tai, NJ 2012/685

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Noot bij HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854', *NJ* 2012/685

Tjong Tjin Tai, NJ 2016/450

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Noot bij HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134', *NJ* 2016/450

Tjong Tjin Tai, *Meerpartijovereenkomst en samenhangende overeenkomsten (Mon. BW nr. A29) 2019*

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Meerpartijovereenkomst en samenhangende overeenkomst (Monografieën BW nr. A29)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Tjong Tjin Tai, *WPNR 2022/7361*

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Aansprakelijkheid jegens vrijwilligers', *WPNR 2022/7361*

Tjong Tjin Tai & Van Slooten 2021

T.F.E. Tjong Tjin Tai & J.M. van Slooten, 'Platformarbeid en privaatrecht', in: M.S. Houwerzijl, S.H.M. Montebovi & N. Zekić (red.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming. Sociaalrechtelijke uitdagingen in tijden van digitale transformatie (Monografieën Sociaal Recht nr. 78)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

Trap, *ArbeidsRecht 1998/51*

J.J. Trap, 'De opdrachtnemer', *ArbeidsRecht 1998/51*

Trap 2007

J.J. Trap, 'De werknemer en de opdrachtnemer', in: J.J.M. Theeuwes & J.J. Trap (red.), *De werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007

Van Tricht & Beenders, *MvV 2013/3.4*

R. van Tricht & D.J. Beenders, 'De implementatie van de richtlijn betalingsachterstanden: een kritische beschouwing en enkele wenken voor de praktijk', *MvV 2013/3.4*

Urlus, Charatjan & Christ, *De agentuurovereenkomst (R&P nr. CA16) 2017*

H.E. Urlus, T. Charatjan & J.H. Christ, *De agentuurovereenkomst (Recht en Praktijk nr. CA16)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

De Vaan, *JIN 2018/57*

R.A.G. de Vaan, 'Noot bij HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141', *JIN 2018/57*

Valk, *NTBR 2012/25*

W.L. Valk, 'Opzegging van duurovereenkomsten na Gemeente de Ronde Venen en Stedin', *NTBR 2012/25*

Valk 2016

W.L. Valk, 'De maatstaf voor uitleg', in: H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (preadvies)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016

Vegter, *Bb 2003/24*

M.S.A. Vegter, 'Aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen: De Hoge Raad trapt op de rem', *Bb 2003/24*

Vegter 2005

M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever* (diss. Amsterdam VU), 2005

Vegter, JAR 2018/14

M.S.A. Vegter, 'Noot bij HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3142', *JAR* 2018/14

Vegter, TRA 2021/96

M.S.A. Vegter, 'Noot bij HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267', *TRA* 2021/96

Verburg, JOR 2018/140

G.J.M. Verburg, 'Noot bij HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141', *JOR* 2018/140

Verburg, RMThemis 2022/2

L.G. Verburg, 'De Wet werk en zekerheid (Wwz): de doelen en wat ervan terecht kwam', *RMThemis* 2022/2

Verheij, Onrechtmatige daad (Mon. Pr. nr. 4) 2023

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad (Monografieën Privaatrecht nr. 4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023

Verhulp 2003

E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003

Verhulp 2019

E. Verhulp, 'Het definiëren van de arbeidsovereenkomst', in: L. Holtus, *Deining*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019

Vermeulen, TAP 2017/301

K.P.D. Vermeulen 2017, 'Ingrijpende wijzigingen in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag per 1 januari 2018', *TAP* 2017/301

Visscher, TvOB 2011/6

M.H. Visscher, 'De redelijke opzegging van onbenoemde duurovereenkomsten', *TvOB* 2011/6

Vranken 1989

J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989

De Vries 1990

G.J.P. de Vries, *Opzegging van obligatoire overeenkomsten* (diss. Amsterdam UvA), 1990

De Vries, NJB 2007/1900

G.J.P. de Vries, 'Opzegbaarheid van overeenkomsten voor onbepaalde tijd Kwestie van contractvrijheid', *NJB* 2007/1900

De Vries 2015

G.P.J. de Vries, 'Dienstverlening: de overeenkomst van opdracht', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek consumentenrecht: een overzicht van de rechtspositie van de consument*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015

De Vries, De overeenkomst in het algemeen (Mon. BW nr. B54) 2016

F.J. de Vries, *De overeenkomst in het algemeen (Monografieën BW nr. B54)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Wachter 1991

B. Wachter, 'Zeerecht geboeid aan het toekomstige gemene recht', in: R.J.N. Schlössels e.a., *In het nu, wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1991

Wagenaar 1996

S. Wagenaar, *Bedrijfsopleiding en arbeidsmarkt: een economisch-geografische studie, toegespitst op de Nederlandse machine-industrie* (diss. Nijmegen), 1996

Wallart, ORP 2021/164

M. Wallart, 'De opzegtermijn voor de (onbenoemde) duurovereenkomst voor onbepaalde tijd', *ORP 2021/164*

Van Wassenaer 1993

A.G.J. van Wassenaer, 'Invoering van standaardregelingen – een zinvolle optie?', in: E.H. Hondius & A.G.J. van Wassenaer, *Van standaardvoorwaarden naar standaardregeling?* (preadvies), Deventer: Kluwer 1993

Van Wassenaer van Catwijk & Jongeneel 1995

A.J.O. van Wassenaer van Catwijk & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink

Waterman 2009

Y.R.K. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten* (diss. Rotterdam), 2009

Van Wechem 1994

T.H.M. van Wechem, 'Exoneraties en verzekeringen bij in- en verkoop van diensten', in: C.C. van Dam (red.), *Opdracht en dienstverlening*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Van Wechem 2007

T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden* (diss. Leiden), 2007

Van Wechem, Contracteren 2019/3.2

T.H.M. van Wechem, 'Leren exonereren: een aantal gezichtspunten ten aanzien van het contractueel reguleren van aansprakelijkheid', *Contracteren 2019/3.2*

Van Wechem & Rinkes, NJB 2018/739

T.H.M. van Wechem & Jac. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2018/739

Van Wechem & Rinkes, NJB 2022/948

T.H.M. van Wechem & Jac. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2022/948

Wessels 1994

B. Wessels, 'Algemene bepalingen inzake de overeenkomst van opdracht', in: C.C. van Dam (red.), *Opdracht en dienstverlening*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Wessels & Jongeneel, Algemene voorwaarden (R&P nr. CA1) 2017

B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden (Recht en Praktijk nr. CA1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Wiarda 1999

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (bewerkt en van een nabeschuiving voorzien door mr. T. Koopmans), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999

Willeumier 1903

J. Willeumier, *Het Verzuim Van Den Schuldeischer* (diss. Amsterdam UvA), 1903

De Wolff, TRA 2012/82

D.J.B. de Wolff, 'Drie sociaalrechtelijke oraties: Westerveld, Boot en Houweling', *TRA* 2012/82

WRR 2020

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht* (WRR-Rapport 102), Den Haag: WRR 2020

Zekić, ArA 2019/2.1

N. Zekić, 'Economische ongelijkheid: een verkenning vanuit de grondslagen van het arbeidsrecht', *ArA* 2019/2.1

Zekić 2021

N. Zekić, 'Arbeidsrechtelijke bescherming van platformwerkers met meerdere banen', in: M.S. Houwerzijl, S.H.M. Montebovi & N. Zekić (red.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming. Sociaalrechtelijke uitdagingen in tijden van digitale transformatie (Monografieën Sociaal Recht nr. 78)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

Zondag 2001

W.A. Zondag, *Werktijdverkorting* (diss. Rotterdam), 2001

Zondag, NJB 2003/20

W.A. Zondag, 'Vogelpest, SARS, conjunctuur en de rol van 'werktijdverkorting'', *NJB* 2003/20

Zondag, SMA 2008/7/8

W.A. Zondag, 'De Schelde-arresten en het recht op loon', *SMA* 2008/7/8

Zondag, JAR 2012/110

W.A. Zondag, 'Annotatie bij HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (*Davelaar/Allspan*)', JAR 2012/110

Zwalve, RMThemis 2012/2

J.W. Zwalve, 'Nous suivons le texte, non la glosse', RMThemis 2012/2

Zwols, JA 2013/88

R.K.R. Zwols, 'Noot bij hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300', JA 2013/88

JURISPRUDENTIEREGISTER

(Er wordt verwezen naar de paragraafnummers.)

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG 28 april 1998, C-200/96, ECLI:EU:C:1998:172 (<i>Metronome Musik/Music Point Hokamp</i>)	1.2
HvJ EG 30 april 1998, C-215/97, ECLI:EU:C:1998:189 (<i>Bellone</i>)	1.3.2
HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (<i>Albany</i>)	2.3.2.4
HvJ EG 9 november 2000, C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605 (<i>Ingmar</i>)	1.3.2
HvJ EG 23 maart 2006, C-465/04, ECLI:EU:C:2006:199 (<i>Honyvem Informazioni Commerciali</i>)	1.3.2
HvJ EG 17 januari 2008, C-19/07, ECLI:EU:C:2008:23 (<i>Chevassus-Marche/Danone</i>)	1.3.2

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (<i>Laval un Partneri/Svenska</i>)	2.3.2.4
HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (<i>Sky Österreich/Österreichischer Rundfunk</i>)	1.2
HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (<i>FNV Kiem</i>)	2.3.2.4
HvJ EU 15 december 2016, C-256/15, ECLI:EU:C:2016:954 (<i>Nemec/Slovenië</i>)	2.4.1.1
HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (<i>Andriciuç/Banca Românească</i>)	3.4.1
HvJ EU 4 juli 2019, C-377/17, ECLI:EU:C:2019:562 (<i>EC/Duitsland</i>)	2.3.2.4
HvJ EU 6 februari 2020, C-137/18, ECLI:EU:C:2020:84 (<i>Hapeg Dresden/Bayrische Straße</i>)	2.3.2.4
HvJ EU 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33 (<i>Thelen Techno-park Berlin/MN</i>)	2.3.2.4
HvJ EU 12 januari 2023, C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9 (<i>J.K./TP S.A.</i>)	1.2

Hoge Raad

HR 20 maart 1942, ECLI:NL:HR:1942:150 (<i>Automobiel Mij Brabant/Staat</i>)	3.4.3.1
HR 11 februari 1955, ECLI:NL:HR:1955:14 (<i>Fabron/Pastoor</i>)	2.4.1.3, 2.5.1
HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (<i>Baris/Riezenkamp</i>)	4.3.2.1
HR 6 november 1959, ECLI:NL:HR:1959:168 (<i>Hessel/Rombout</i>)	2.4.2.4
HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 (<i>Kelderluik</i>)	3.3.2.1
HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745 (<i>Saladin/HBU</i>)	1.1, 3.4.1

HR 5 januari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6963 (<i>Fokker/Zentveld</i>)	3.4
HR 7 maart 1969, ECLI:NL:HR:1969:AB7416 (<i>Gegaste uien</i>)	3.4.3.1
HR 10 november 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1657 (<i>Meijer/De Schelde</i>)	2.5.2.1
HR 27 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5606 (<i>Heesters/Schenkelaars</i>)	3.3
HR 27 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5607 (<i>Heesters/Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek</i>)	3.3.2.2
HR 20 februari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5695 (<i>Van der Laan/Top (Pseudo-vogelpest)</i>)	3.4.1
HR 7 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB9771 (<i>Wielemaker/De Schelde</i>)	2.4.2.4
HR 14 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC3514 (<i>Messaoudi/Hoehst</i>)	3.3
HR 5 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7251 (<i>Swaen/Van Hees</i>)	2.4.1.3, 2.5.1
HR 12 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC2298 (<i>Securicor/Nationale Nederlanden</i>)	3.4.3.1
HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595 (<i>Kleuterschool Babel</i>)	3.4.3.3
HR 18 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6787 (<i>Zeezicht I</i>)	4.4.3
HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (<i>Ermes c.s./Haviltex</i>)	1.1, 2.4.2.3, 3.3.1.1, 4.2.3.1, 4.3.1.3, 4.3.2.2
HR 27 april 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4797 (<i>NVB/Sipke Helder</i>)	2.5.2.2, 4.3.1.3
HR 1 juli 1985, ECLI:NL:HR:1985:AB7672 (<i>Frenkel/KRO</i>)	4.3.1.1
HR 25 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9329 (<i>Van der Meer/Smilde</i>)	3.4.1
HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD5694 (<i>Deka-Hanno/Citronas</i>)	3.4.3.1
HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5504 (<i>Sweegers/Van den Hout</i>)	3.3, 3.3.2.2
HR 13 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC3070 (<i>Staat/A</i>)	3.4.3.1
HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0483 (<i>Mondia/Calanda</i>)	4.3.1.2, 4.3.1.3
HR 9 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0927 (<i>Vojvodina/ECT</i>)	3.4.3.1
HR 23 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0834 (<i>Nieuwegein/GCN II</i>)	2.5.2.2, 4.3.1.3
HR 10 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1532 (<i>FNV/Campina</i>)	2.5.2.2, 4.3.1.3
HR 15 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC4217 (<i>Stormer/Vedox</i>)	3.3, 3.4.3.1
HR 22 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0181 (<i>Roeffen/Thijssen</i>)	3.3.2.3
HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0291 (<i>Mattel/Borka</i>)	4.3.3, 4.3.3.1, 4.4.3
HR 27 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0557 (<i>Meijer/S.</i>)	3.2.2
HR 16 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5085	2.3.1
HR 16 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0717 (<i>Bruinsma Tapijt/Schuitmaker</i>)	3.3
HR 21 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8523	2.3.1
HR 19 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1152 (<i>Campina/Van Jole</i>)	2.5.2.2, 4.3.1.3
HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1210 (<i>Matatag/De Schelde</i>)	2.5.2.2, 3.4.1
HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1366 (<i>Negende van OMA, Körming/Vlaardingen</i>)	4.3.1.1
HR 10 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1428 (<i>Aerts/Kneepkens</i>)	4.3.1.2, 4.3.1.3
HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1484 (<i>Staat/Kurvers</i>)	3.4.3.1
HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1591 (<i>Staat/JJ</i>)	3.4.3.1

HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1706 (<i>Kakkenberg/Kakkenberg</i>)	4.3.1.1, 4.3.2.1
HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976 (<i>Dicky Trading II</i>)	3.2.2
HR 22 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2021 (<i>Kromjongh/Van Dijk</i>)	3.2.2
HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142 (<i>Pollemans/Hoondert</i>)	3.3.2.2, 3.3.2.3
HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2245 (<i>S./Tandarts B.</i>)	3.4.3.3
HR 5 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2522 (<i>Van K./Trias II</i>)	3.4.3.2
HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524 (<i>Gemeente Stein/ Driessen</i>)	3.2.2, 3.4.1
HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (<i>Briljant Scheuders/ABP</i>)	2.5.2.2, 4.3.1.3
HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2657 (<i>Elinga/British Wool</i>)	4.2.2, 4.3.2.1
HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2702 (<i>Van der Wiel/Philips Lighting</i>)	3.3.2.2
HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2718 (<i>Aquaphalt/Staat</i>)	3.4.3.1
HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD2996 (<i>Stichting Reclassering Nederland/X</i>)	3.3, 3.3.2
HR 16 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2886 (<i>Having/PRC</i>)	3.5.2
HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2903 (<i>B./W.</i>)	3.4.3.3
HR 10 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3837 (<i>Fransen/Pasteurzie- kenhuis</i>)	3.3.2, 3.3.2.3
HR 21 januari 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA4429 (<i>ODS/CPS</i>)	3.4.3.1
HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5783 (<i>Interpolis Schade/Peeten</i>)	3.4.1
HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159 (<i>S./mr. V.</i>)	3.2.2
HR 30 juni 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA6338 (<i>Ermer/ABN AMRO</i>)	3.4.1
HR 17 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8369 (<i>Unilever/Dikmans</i>)	3.3.2.3
HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311 (<i>Multi Vastgoed/Nethou</i>)	4.2.3.1, 4.3.2.3
HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0808 (<i>Phoenix</i>)	4.3.1.1
HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3689 (<i>PTT Post/Baas</i>)	3.3.2
HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3985 (<i>Van Doesburg/Tan</i>)	3.3, 3.4.1, 3.5.2
HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD7395 (<i>Energie Delfland/ Stoeterij</i>)	3.4.3.2
HR 12 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9124 (<i>Heijboer/De Branding</i>)	3.4.1
HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0657 (<i>Geldnet/Kwantum</i>)	3.4.3.3
HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659 (<i>Bramer/Colpro</i>)	3.4.1
HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1532 (<i>A c.s./E.</i>)	3.2.2
HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2113 (<i>De Bont/Oudenallen Betonbouw</i>)	3.3.2
HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4090 (<i>Laudy/Fair Play</i>)	3.3.2.1
HR 6 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8457 (<i>Goedèl/Arts</i>)	3.2.2
HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1304 (<i>Expan Beheer</i>)	3.2.2
HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3057 (<i>Van der Gulik/Vissers</i>)	2.5.2.1
HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3412 (<i>El Hachoui/Hester</i>)	3.4.1
HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7000 (<i>Dusarduyn/Du Puy</i>)	3.3.2.1
HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8254 (<i>Peters/Hofkens</i>)	3.3.2, 3.3.2.1

HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0828 (<i>Nationale-Nederlanden/'t Witte Paerdje c.s.</i>)	3.4.3.3
HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299	3.2.2
HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6913 (<i>Kuunders/Swinkels</i>)	3.4.1
HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721 (<i>Groningen Oosterparkrellen</i>)	3.4.3.1
HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0954 (<i>National Starch & Chemical</i>)	3.2.2
HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664 (<i>GTI Zwolle/Zürich Versicherungsgesellschaft</i>)	2.5.2.2, 3.4.1
HR 5 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1463 (<i>De Lozerhof/Van Duyvenbode</i>)	3.3.2.1
HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290 (<i>Hertel/Van der Lugt</i>)	3.3.2
HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR0220 (<i>Ahold/Staat</i>)	3.4.2, 3.6
HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4481 (<i>Van Vulpen/Debetz</i>)	4.2.3.1
HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6657 (<i>ABN Amro/Nieuwenhuys</i>)	3.3, 3.3.2
HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5542 (<i>Eiseres c.s./Coöperatie Voedingstuinbouw Nederland</i>)	2.3.2.4
HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2235 (<i>City Tax/De Boer</i>)	3.4.3.1, 3.5.2
HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313 (<i>Bayar/Wijnen</i>)	3.3.2.1
HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5663 (<i>Spector/Fotoshop</i>)	3.2.2, 3.4.1
HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6526 (<i>Feenstra/Haije</i>)	3.3.2.1
HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3587 (<i>M./Z.</i>)	3.2.2
HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7355 (<i>Van Veghel/Hendriks</i>)	3.3.2.1
HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024 (<i>Vodafone/ETC</i>)	2.4.2.4, 4.2.3.1
HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7557 (<i>Partycentrum Groot Kievitsdal</i>)	3.4.3.1
HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB6178 (<i>NCM Eurocollect Detachering</i>)	3.3.2
HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767 (<i>Kooiker/Taxicentrale Nijverdal</i>)	3.5.1
HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175 (<i>Maasman/Akzo Nobel</i>)	3.3.2.2, 3.5.1
HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8648 (<i>APR/Lavrijsen</i>)	2.4.2
HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7423 (<i>Lagraauw/Van Schie</i>)	3.3.2.1
HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9225 (<i>Tarioui/Vendrig</i>)	3.3.2.1
HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2984 (<i>BT Nederland/Scaramea</i>)	3.2.2, 3.4.1
HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129 (<i>Maatzorg/Van der Graaf</i>)	3.3.2, 3.3.2.1, 3.5.1
HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1680 (<i>3Span/Recreatiebeheer</i>)	2.2
HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6020 (<i>Blomaard/Gemeente Utrecht</i>)	3.4.3.1
HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8337 (<i>Van Gastel/Van Aert</i>)	3.3.2
HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9596 (<i>Koeman c.s./Sijm Agro</i>)	3.4.3.2

HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9994 (<i>Van den Hoek/Pots</i>)	3.2.2, 3.4.1
HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876 (<i>VDE/Fuchs</i>)	4.3.2.2
HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (<i>Gemeente De Ronde Venen/Stedin</i>)	1.3.2, 4.3.1.1, 4.3.2.1, 4.3.3
HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215 (<i>TNT Post/Wijenberg</i>)	3.5.1
HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223 (<i>De Rooyse Wissel</i>)	3.3.2.1, 3.5.1
HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7500 (<i>TROS/Schretlen</i>)	2.3.1
HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 (<i>Wierds/Dakdekkersbedrijf K. Visseren e.a.</i>)	3.4.3.3
HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8512 (<i>NUON</i>)	4.4.1
HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1443 (<i>Renault/Udo</i>)	4.2.2
HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (<i>Davelaar/Allspan</i>)	1.3.2, 3.3, 3.3.1, 3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.3, 3.4.3.1, 3.5.1
HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6693 (<i>Rabobank Schiedam-Vlaardingen/Erdem Beheer</i>)	3.2.2, 3.4.2
HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865 (<i>T-Mobile/Klomp</i>)	4.4.3
HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7590 (<i>Giraldo/Antilles</i>)	3.3.2.1
HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (<i>Koot/Tideman</i>)	4.3.2.3
HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749 (<i>Koersplan</i>)	4.3, 4.3.1.3
HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (<i>Auping/Beverlaap</i>)	4.3.1.1, 4.3.2.1
HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727 (<i>Rotterdam/Eneco</i>)	1.1
HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627 (<i>Eneco/Ronde van Nederland</i>)	3.4.3.1
HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3078	3.2.2
HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519 (<i>Pelowski/Vernooy Transport en BTS</i>)	3.3.2, 3.3.2.1
HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:304 (<i>Van der Velde/Datawell</i>)	2.4.1.3, 2.5.1
HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660 (<i>Stichting Gooisch Natuurreservaat</i>)	4.3.1.1, 4.3.1.3, 4.3.2.1
HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (<i>Pensioenfonds/Alcatel-Lucent</i>)	4.3.1.1, 4.3.1.3, 4.3.2.1, 4.3.2.2
HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (<i>StiPP/Care4Care</i>)	3.3.1.2
HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1149 (<i>Ennia Caribe Schade c.s./Talisin Construction c.s.</i>)	3.4.3.2
HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270 (<i>Nanada/Golden Earring</i>)	4.3.1.1, 4.3.1.3, 4.3.2.1
HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (<i>JMV/Zurich</i>)	3.4.3.1
HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615 (<i>Gemeente Bronckhorst</i>)	2.5.2.2, 4.3.1.3
HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3142 (<i>Parochie</i>)	3.3.1.2
HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (<i>Goglio/SMQ</i>)	4.3, 4.3.1.1, 4.3.1.2, 4.3.1.3, 4.3.2.1, 4.3.2.2, 4.3.3

HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (<i>Wilco</i>)	2.5.2.1
HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:445 (<i>Voorst/Vitens</i>)	4.3.1.1, 4.3.2.1
HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:446 (<i>Voorst/Liander</i>)	4.3.1.1, 4.3.2.1
HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (<i>ABN AMRO/SDB c.s.</i>)	3.4.1
HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090 (<i>Verzoekster/Jeroen Bosch Ziekenhuis</i>)	3.4
HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (<i>X/Gemeente Amsterdam</i>)	1.1, 1.2.3, 2.1
HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267 (<i>Vivat</i>)	3.5.1
HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923 (<i>Spinnin Records/Martin Garrix</i>)	3.4.1
HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1953	3.5.1
HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (<i>X/Heineken</i>)	2.5.2.2
HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (<i>UWV/curator</i>)	2.5.2.1
HR 16 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1234 (<i>FrieslandCampina e.a./ Pensioenfonds Campina</i>)	4.3.3, 4.3.3.1
HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198	4.2.2, 4.2.3.1, 4.2.3.2
HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (<i>Deliveroo/FNV</i>)	1.2.3

Conclusies

Concl. A-G Langemeijer voor HR 11 februari 1955, ECLI:NL:HR:1955:14 (<i>Fabron/Pastoor</i>)	2.4.1.3, 2.5.1
Concl. A-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2002:AE0659 voor HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659 (<i>Bramer/Colpro</i>)	3.4.1
Concl. P-G Hartkamp, ECLI:NL:PHR:2005:AU2235 voor HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2235 (<i>City Tax/De Boer</i>)	3.4.3.1
Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2008:BG1680 voor HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1680 (<i>3Span/Recreatiebeheer</i>)	2.2
Concl. A-G Keus, ECLI:NL:PHR:2013:BZ4163 voor HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (<i>Auping/Beverlaap</i>)	4.3.1.1
Concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2017:236 voor HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (<i>JMV/Zurich</i>)	3.4.3.1
Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:253 voor HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:679 (<i>Westplant Limburg/Haspel</i>)	3.4.1
Concl. A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2020:175 voor HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082 (<i>Katholieke Universiteit/Verweerder</i>)	3.4
Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698 voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (<i>X/Gemeente Amsterdam</i>)	1.1, 2.1
Concl. A-G Van Peurseem, ECLI:NL:PHR:2020:844 voor HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:181 (<i>X/Wageningen Universiteit</i>)	3.3.2.2, 3.4.3.1, 3.5.2
Concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:153 voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267 (<i>Vivat</i>)	3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.5, 3.5.1
Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2021:1170 voor HR 25 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:448	3.3.2.2

Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2021:1168 voor HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (<i>UWV/curator</i>)	2.4.2.4, 2.5.2.1
Concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2022:259 voor HR 16 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1234 (<i>FrieslandCampina e.a./Pensioenfondsen Campina</i>)	4.3.3.1
Concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2022:678 voor HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198	4.2.3.1, 4.2.3.2, 4.3.2.1
Concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2023:348 voor HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:872 (<i>Hydrauvison Systems</i>)	3.3

Centrale Raad van Beroep

CRvB 20 januari 1981, RSV 1981/126	2.5.2.2
CRvB 16 oktober 1983, RSV 1983/44	2.5.2.2

Gerechtshoven

Hof Arnhem 11 januari 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AS2588	3.4.3.1
Hof Arnhem 23 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH1948	3.5.1
Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL0928	2.2
Hof Leeuwarden 17 januari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV1085	4.3.1.1
Hof Arnhem 31 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV2352	3.5.2
Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW2301	4.3.1.1
Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300	3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.2, 3.3.2.1, 3.3.2.2
Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6672	3.3.1.1, 3.3.1.2
Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8068	3.3.1.1, 3.3.1.2
Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4545	4.2.3.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8066	3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.2, 3.3.2.1
Hof Amsterdam 9 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:454	4.3.1.3
Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1070	4.2.3.1
Hof 's-Hertogenbosch 10 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1835	4.3.2.1
Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686	4.3.2.2
Hof Den Haag 3 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2764	4.3.2.1, 4.3.3.1
Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1097	3.3.1.1, 3.3.1.2
Hof Amsterdam 24 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2580	3.4.3.1
Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5072	4.3.2.3
Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1455	4.2.3.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3353	3.3.1.1
Hof Amsterdam 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4372	4.2.1, 4.3.1.2, 4.3.2.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10566	3.5.1
Hof Amsterdam 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:215	3.3.1.2, 3.3.2.2
Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2309	2.2

Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1911	4.2.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 10 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9287	2.2
Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392	2.2
Hof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11051	3.3.2.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3525	4.3.1.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 13 september 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:7869	3.3.1.2

Rechtbanken

Rb. Groningen 19 november 1915, ECLI:NL:RBGRO:1915:6	2.4.2.4
Rb. Zwolle 28 november 2001, ECLI:NL:RBZWO:2001:AE5257	3.3.1
Rb. Groningen 27 juni 2003, ECLI:NL:RBGRO:2003:AH9008	3.5.2
Rb. 's-Hertogenbosch 3 december 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AO1576	4.3.3.1
Rb. Roermond 22 december 2003, ECLI:NL:RBROE:2003:AO6838	4.3.2
Rb. Amsterdam 8 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX7445	4.3.1.1
Rb. Assen 10 september 2008, ECLI:NL:RBASS:2008:BG7281	3.3.2.1
Rb. 's-Gravenhage 29 oktober 2008, ECLI:NL:RBSCR:2008:BG9062	4.2.3.1
Rb. Rotterdam 19 november 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG5694	4.3.3.1
Rb. Rotterdam 6 mei 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ5770	4.3.3.1
Rb. Middelburg 4 november 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK2881	3.3.2.1
Rb. Rotterdam 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN3753	4.3.1.3
Rb. Utrecht 1 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5770	4.3.3.1
Rb. Utrecht 27 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ1958	4.3.2.3
Rb. Middelburg 25 juli 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BW2173	3.3.2.2
Rb. Roermond 5 december 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU7552	2.5.2.2
Rb. Amsterdam 28 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV2166	4.3.2.1
Rb. Zwolle-Lelystad 5 juni 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BX2460	4.3.2.1
Rb. Almelo 27 juli 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX2976	4.2.1
Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3498	3.4.3.1
Rb. Midden-Nederland 17 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2855	3.5.1
Rb. Gelderland 14 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1966	3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.2.2
Rb. Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2116	4.3.2.1, 4.3.2.3
Rb. Den Haag 1 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8149	3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.2, 3.3.2.1
Rb. Rotterdam 20 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6974	3.2.1
Rb. Noord-Holland 4 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2222	2.4.2.5
Rb. Overijssel 26 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2924	3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.2.1, 3.3.2.2
Rb. Midden-Nederland 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5708	3.3.1.1, 3.3.2.1
Rb. Overijssel 25 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:277	4.3.2.3

Rb. Zeeland-West-Brabant 8 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:1574	3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.2.1
Rb. Gelderland 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4076	4.3.1.3
Rb. Oost-Brabant 15 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6185	4.3.2.3
Rb. Amsterdam 23 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6802	3.3.1.2
Rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:538	3.3.1.1, 3.3.1.2
Rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1114	3.4.3.1
Rb. Rotterdam 7 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2707	4.3.2.1, 4.3.3.1
Rb. Noord-Holland 12 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5118	4.3.1.1, 4.3.2.1
Rb. Amsterdam 25 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6804	3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.2.1, 3.3.2.2
Rb. Rotterdam 10 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4378	4.3.2.1
Rb. Oost-Brabant 16 juni 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:3376	3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.2.1
Rb. Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8968	2.3.2.3
Rb. Overijssel 29 april 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1727	4.2.3.1, 4.3.1.1
Rb. Noord-Nederland 27 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2540	2.5.2.2
Rb. Amsterdam 18 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4059	4.3.1.3
Rb. Amsterdam 1 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4752	2.5.2.2
Rb. Midden-Nederland 7 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1391	4.3.2.1
Rb. Midden-Nederland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3374	3.3.1.1, 3.3.1.2
Rb. Rotterdam 29 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7025	4.2.3.1
Rb. Den Haag 29 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:8362	3.3.1.1
Rb. Zeeland-West-Brabant 22 september 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:4706	3.3.1.1
Rb. Rotterdam 1 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11968	4.3.3.1
Rb. Overijssel 25 januari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:286	3.3.2.2
Rb. Overijssel 2 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:364	4.2.1
Rb. Rotterdam 4 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1537	4.2.3.1
Rb. Rotterdam 25 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4296	4.2.1
Kantonrechter	
Ktr. Harderwijk 11 november 1998, ECLI:NL:KTGHAR:1998:AI9831	3.3.2.2

TREFWOORDENREGISTER

(Er wordt verwezen naar de paragraafnummers.)

Aansprakelijkheid voor hulppersonen	3.4.3.3
Algemene voorwaarden	2.4.1.2, 3.4.1, 3.5.1, 4.3, 4.3.2.2
BBA	4.4.1, 4.4.4
Bestaanszekerheid	1.2, 2.1, 2.5.2.2, 3.1, 4.1
Bewuste roekeloosheid	3.3.2.2, 3.4.1, 3.4.2, 3.4.3.1, 3.4.3.2, 3.5.2
Billijkheidscorrectie	3.4.2, 3.4.3.2, 3.4.3.3, 3.4.4, 3.5.2
Blokkering van de paardensprong	3.4.3.1, 3.4.3.2, 3.4.3.3, 3.4.4
Buitencontractuele aansprakelijkheid	
- Voor niet-ondergeschikten	3.4.1, 3.4.3.2, 3.4.4
- Voor ondergeschikten	3.4.1, 3.4.3.1, 3.4.4, 3.5.2
Cao	2.3.2.4, 2.3.2.5
Causaal verband	3.3.2.3
Contractuele aansprakelijkheid	3.4.3.3
Eigen schuld	3.4.2, 3.4.3.2, 3.4.4
Exoneratiebeding	3.4.1, 3.4.2, 3.4.3.1, 3.4.3.2, 3.4.3.3
Geen arbeid, toch loon	2.4.2, 2.4.2.1, 2.4.2.2, 2.4.2.3, 2.4.2.4, 2.5.2, 2.5.2.1, 2.5.2.2, 2.5.2.3
Kartelverbod	2.3.2.4
Kwalificatie	
- Arbeidsrelaties	1.2.3
- Fiscaal ondernemer	2.3.1
Kwalitatieve aansprakelijkheid	
- Voor niet-ondergeschikten	3.4.1, 3.4.3.2, 3.4.4
- Voor ondergeschikten	3.4.1, 3.4.3.1, 3.4.4, 3.5.2
Minimumloon	2.3, 2.3.1, 2.3.2.5
Minimumtarief	2.3, 2.3.2, 2.3.2.1, 2.3.2.2, 2.3.2.3, 2.3.2.4, 2.3.2.5
Normale arbeidsduur	2.3.1

Onrechtmatige daad	3.2.2, 3.4.1, 3.4.2, 3.4.3.1, 3.4.3.2, 3.4.3.3
Opzegbevoegdheid	4.2.1, 4.3.1, 4.3.1.1, 4.3.1.2, 4.2.1.3, 4.4.1, 4.4.4
Opzegtermijn	4.2.2, 4.3.2, 4.3.2.1, 4.3.2.2, 4.3.2.3, 4.4.2, 4.4.2.1, 4.4.2.2, 4.4.4
Opzegvergoeding	4.3.2.3, 4.3.3, 4.3.3.1, 4.3.3.2, 4.4.3, 4.4.4
Opzet	3.3.2.2, 3.4.1, 3.4.2, 3.4.3.1, 3.4.3.2, 3.5.2
Prestatieloon	2.3.1, 2.4.2.3
Recht op loon	2.2, 4.2.3.1
Resultaatsverbintenis	2.1, 2.3.1, 2.4.1.3, 2.4.2.3, 2.4.2.4
Schuldeisersverzuim	2.4.2, 2.4.2.1, 2.4.2.2, 2.4.2.3, 2.4.2.4, 2.5.2, 2.5.2.1, 2.5.2.2, 2.5.2.3
Standaardregeling	2.3.2.3, 2.3.2.5
Stukloon	2.3.1, 2.4.2.3
Tariefgrens	2.3.2.2
Toerekening	
- Krachtens rechtshandeling	2.4.2.3
- Krachtens verkeersopvattingen	2.4.2.4, 2.5.2, 2.5.2.1, 2.5.2.2, 2.5.2.3
- Krachtens wet	2.4.2.2
- Op grond van schuld	2.4.2.1
Verkeersvrijheden	2.3.2.4
Verzekeringsplicht	3.5.1
Wanprestatie	3.2.2, 3.4.1, 3.4.2, 3.4.3.3, 4.2.3.2, 4.3.2.3
Werkgeversaansprakelijkheid	3.3, 3.3.1, 3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.2, 3.3.2.1, 3.3.2.2, 3.3.2.3, 3.3.3, 3.3.4, 3.3.5, 3.5.1
Wettelijke handelsrente	2.4, 2.4.1, 2.4.1.1, 2.4.1.2, 2.4.1.3, 2.5.1
Wettelijke rente	2.4, 2.5.1
Wettelijke verhoging	2.4.1.3, 2.5.1
Zij-aan-zij	2.3.2.4, 3.1, 3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.2.1, 3.4.3.1
Zorgplicht	
- Opdrachtgever	3.3, 3.3.2, 3.3.2.1, 3.3.3, 3.3.4, 3.3.5, 3.4.1, 3.4.4
- Opdrachtnemer	3.2.2

CURRICULUM VITAE

Niels Martijn Quentin van der Neut (27 februari 1993) behaalde in 2014 de bachelor Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit van Amsterdam. In 2016 rondde hij aan dezelfde universiteit de masters Arbeidsrecht en Privaatrechtelijke rechtspraktijk af. Tijdens zijn promotieonderzoek doceerde en coördineerde Niels verschillende bachelor- en mastervakken, begeleidde hij bachelor- en masterstudenten bij het schrijven van hun scriptie, was hij hoofdredacteur van een uitgeverij en publiceerde hij onder meer in *ArbeidsRecht*, *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context*, *Tijdschrift voor Ontslagrecht* en *Tijdschrift voor Recht en Arbeid*. Ook verzorgt hij al enige jaren artikelsgewijs commentaar op artikel 7:690-691 BW en de Waadi voor de uitgave *Arbeidsovereenkomst* en is hij de maker van de podcast 'Juridisch Geneuzel'. Sinds 1 november 2022 is Niels werkzaam als universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam.

MONOGRAFIEËN SOCIAAL RECHT

Onder redactie van:

Mr. dr. J.H. Bennars
Prof. mr. F.J.L. Pennings
Mr. L.C.J. Sprengers
Prof. mr. L.G. Verburg
Prof. mr. E. Verhulp

In de serie Monografieën Sociaal Recht zijn reeds verschenen:

1. Onderscheid naar leeftijd in het arbeidsrecht, mr. A.M. Gerritsen, 1994.
2. Europees arbeidsrecht, mr. G.J.J. Heerma van Voss, prof. mr. A.C.J.M. Geers, 1995; (2e druk 2013 mr. dr. S.S.M. Peters en prof. dr. R.M. Beltzer (red.); 3e druk 2015; (4e druk 2016, prof. mr. S.S.M. Peters en prof. mr. F.J.L. Pennings (red.)); (5e druk 2021, prof. mr. S.S.M. Peters en prof. mr. F.J.L. Pennings (red.)).
3. De Algemene bijstandswet, mr. J.M.L. Schell, 1995.
4. Werknemersconcurrentie, mr. F.B.J. Grapperhaus, 1995.
5. Collectief onderhandelen in de zorgsector, mr. W.G.M. Plessen, 1996.
6. Flexibilisering van het sociaal recht, mr. F.J.L. Pennings (red), prof. mr. W.J.P.M. Fase, mr. G.J.J. Heerma van Voss, mr. F. van Klaveren, dr. M.M.H. Kraamwinkel, mr. drs. B.B.B. Lanting, drs. G. van Loenen, mr. A.D.M. van Rijs, 1996.
7. Functies onder spanning, mr. C.J.H. Jansen, mr. C.J. Loonstra, 1997.
8. Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht, mr. F.B.J. Grapperhaus, prof. mr. C.J. Loonstra, mr. C.G. Scholtens (red), mr. D.J. Buijs, mr. L. Jansen, 1999 (2e dr. 1999, 3e dr. 2004).
9. Grondslagen van het Europese sociale zekerheidsrecht, mr. F.J.L. Pennings, 1997 (2e dr. 1999, 3e dr. 2000, 4e dr. 2002, 5e dr. 2005; 6e dr. 2010, 7e dr. 2014, 8e dr. 2022 onder gewijzigde titel: Europees socialezekerheidsrecht).
10. Pensioenen, fondsen en verzekeraars, mr. P.M. Tulfer, 1997.
11. De Werkloosheidswet, prof. mr. F.J.L. Pennings, 1998 (2e dr. 2003; 3e dr. 2009 met mr. A.C. Damsteegt; 4e dr. 2017 mr. A.C. Damsteegt).
12. De Wet op de ondernemingsraden bij de overheid, mr. L.C.J. Sprengers, 1998.
13. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, mr. D.J.B. de Wolff, 1999.
14. Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht, mr. M.A.C. de Wit, 1999.
15. De uitzendovereenkomst, mr. F.B.J. Grapperhaus, mr. M. Jansen, 1999.

16. De zieke werknemer, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, mr. L. van den Berg, mr. W.H.A.C.M. Bouwens, mr. M.J.J. Dankbaar, mr. R.L. van Heusden, mr. C.C.A.M. Jacobs-de Klerk, mr. W.L. Roozendaal, 1997 (2e dr. 1999, 3e dr. 2003, 4e dr. 2007 met prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, prof. mr. W.A.H.C.M. Bouwens, mr. W.L. Roozendaal, mr. C.C. A.M. Jacobs-de Klerk, mr. S.S.M. Peters, mr. A.H. Pool, mr. L. van den Berg, 5e dr. 2021 met mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, mr. dr. L. van den Berg, prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens, mr. dr. M. Opdam, prof. mr. S.S.M. Peters, prof. mr. W.L. Roozendaal).
17. Arbeid en loon, mr. J.M. van Slooten, 1999.
18. Het sociaal plan, mr. drs. J. van der Hulst, 1999.
19. Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming, mr. P.W. van Straalen, 1999.
20. Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten, mr. drs. A.C. Hendriks, 1999.
21. De WAO, mr. F.J.L. Pennings, 2000 (2e dr. 2002).
22. Internationale intra-concernmobiliteit, mr. C.M.E.P. van Lent, 2000.
23. Overgang van onderneming, mr. drs. R.M. Beltzer, 2000 (2e druk 2007 onder titel Overgang van onderneming in de private en publieke sector).
24. Verzekeringen van solidariteit, mr. P.S. Fluit, 2001.
25. Flexibele arbeidsrelaties, prof. mr. E. Verhulp (red), mr. R.M. Beltzer, prof. dr. K. Boonstra, mr. D. Christe, prof. mr. J. Riphagen, 2002 (2e druk 2017 onder redactie van mr. D.J.B. de Wolff en prof. mr. E. Verhulp, m.m.v. mr. dr. L. van den Berg, mr. E.C. van Fenema, mr. Y.A.E. van Houte en mr. dr. J.P.H. Zwemmer).
26. Gelijke behandeling bij de arbeid, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, mr. ing. W.C. Monster, 2002 (2e dr. 2005, onder titel Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid).
27. De ontslagpraktijk van de CWI, mr. dr. J. van Drongelen, mr. A.D.M. van Rijs, 2003 (2e druk 2008, 3e druk 2012 onder titel De ontslagpraktijk van het UWV).
28. Collectief arbeidsrecht, prof. dr. A.T.J.M. Jacobs, 2003 (2e dr. 2005, 3e druk 2013, 4e druk 2017, 5^e druk 2023).
29. Arbeidsongeschiktheid, mr. B. Barentsen, 2003.
30. Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, mr. drs. S.F.H. Jellinghaus, 2003.
31. Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie, prof. mr. L.G. Verburg (red.), mr. D.J. Buijs, mr. B. Degelink, mr. drs. J. Heinsius, mr. E.M. Hoogeveen, mr. M. Holtzer, mr. J. van der Pijl, mr. L.C.J. Sprengers, mr. I. Zaal (2e druk 2008, 3e druk 2013, 4e druk 2015, 5e druk 2020).
32. Disfunctioneren en wangedrag van werknemers, prof. mr. E. Verhulp, mr. W.A. Zondag (red), mr. D.J. Buijs, mr. D.J. Rutgers, mr. W.H.A.C.M. Bouwens, mr. H.H. de Vries, mr. M.M. Koevoets, prof. mr. C.J. Loonstra, 2003.
33. Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht, mr. C. Bosse, 2003.
34. De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners, mr. A. Stege, 2003.
35. Nederlands sociale zekerheidsrecht in een internationale context, prof. mr. F.J.L. Pennings, 2004 (2e dr. 2006).
36. Aanstellingskeuringen, mr. C.W.G. Rayer, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, 2004.

37. Beëindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering, mr. R.L. van Heusden, 2005.
38. Verdund sociaal recht; Onderscheid naar ondernemingsomvang bij medezeggenschap, ziekte en ontslag, mr. S.S.M. Peters, 2006.
39. Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht, mr. M.S. Wirtz, 2006.
40. Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven, mr. L.G. Verburg, 2007.
41. De zelfstandige in het sociaal recht, dr. M.C.M. Aerts, 2007.
42. Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid, mr. dr. E. Kootvan der Putte, 2007 (2e dr. 2015; 3e druk 2020).
43. Nederlands arbeidsrecht in een internationale context, prof. mr. F.J.L. Pennings, 2007.
44. Goedwerknemerschap, mr. D.J.B. de Wolff, 2007.
45. Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief, mr. A.F. Bungener, 2008.
46. Scholing in het sociaal recht, prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss (red.), mr. B. Barentsen, mr. drs. F.H.J.G. Brekelmans, prof. mr. C.L.J. Caminada, mr. A.C. Damsteegt, mr. drs. A. Eleveld, mr. drs. M.H.Y.G. Erkens, mr. M. van Es, prof. dr. K.P. Goudswaard, mr. B.P. ter Haar, mr. drs. J. Heinsius, mr. A. Keizer, mr. M.B. Kerkhof, mr. S.F. Sagel, prof. mr. L.C.J. Sprengers, 2008.
47. De grondslagen van de ontslagvergoeding, mr. A. Baris, 2009.
48. De privacybescherming van de zieke werknemer, mr. I. van der Helm, 2009.
49. Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?, mr. N. Gundt, 2009.
50. Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht. Naar een eenvormig stelsel?, mr. H.J.W. Alt, 2009.
51. Inleiding Pensioenrecht, mr. dr. E.M.F. Schols-van Oppen, (1e druk 2010; 2e druk 2015).
52. Wet arbeid vreemdelingen, mr. E.J.A. Franssen, (1e druk 2010; 2e druk 2013).
53. De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd, mr. R.F. Kötter, 2010.
54. Werk en privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht, mr. W.L. Roozendaal, 2011.
55. Pluraliteit van werkgeverschap, mr. J.P.H. Zwemmer, 2012.
56. Inkomensbescherming bij levensloopactiviteiten, mr. S.E. Heeger, 2012.
57. Rechtspleging in arbeidszaken, mr. drs. M.Y.H.G. Erkens, 2013.
58. Het ontslag op staande voet, mr. S.F. Sagel, 2013.
59. Toegang tot het recht bij ziekte en arbeidsongeschiktheid. mr. drs. A.M.P. Rijpkema, 2013.
60. Privatisering en activering in de Nederlandse sociale zekerheid en solidariteit – een internationaal perspectief, mr. B. Hofman en prof. mr. F.J.L. Pennings, 2013.
61. Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid, mr. C.W.G. Rayer, 2014.
62. De WW en nieuwe sociale risico's, mr. drs. K.H. Hermans, 2014.
63. De reikwijdte van medezeggenschap, mr. I. Zaal, 2014.

64. De zelfstandige zonder personeel, prof. mr. G.C. Boot, mr. A.C. Damsteegt (red.), mr. E. Cremers-Hartman, mr. A.G. van Marwijk Kooy, 2014.
65. Werkzekerheid in het arbeidsrecht, mr. N. Zekić, 2014.
66. Re-integratie van zieke werknemers, mr. drs. G.A. Diebels, 2014.
67. Bijzonder ontslagprocesrecht, mr. D.M.A. Bij de Vaate, 2015.
68. De rechtspositie van de bestuurder, *benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder*, mr. J.H. Bennaars, 2015.
69. Grensoverschrijdende overgang van onderneming vanuit rechtsvergelijkend en conflictenrechtelijk perspectief, mr. I.A. Haanappel-van der Burg, 2015.
70. Naar zwarte, grijze en blauwe lijsten in het arbeidsrecht. *Een pleidooi voor algemene voorwaarden in het arbeidsrecht*, mr. J.J.M. de Laat, 2016.
71. Stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht mede in het licht van de WWZ en KEI, mr. dr. H.J.W. Alt, 2017.
72. De Wet werk en zekerheid, prof. mr. F.J.L. Pennings en mr. L.C.J. Sprengers (red.), 2018, (2e druk 2020, onder de titel *Ontslagrecht in hoofdlijnen*).
73. De Participatiewet. Een grondrechtenperspectief, mr. dr. A. Eleveld (red.), 2018.
74. Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg, mr. N. Jansen, 2019.
75. Arbeidsrecht en insolventie. Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever, mr. J. van der Pijl, 2019.
76. De oudere werkende en het sociaal recht, prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss en mr. A.G. van Marwijk Kooy (red.), 2020.
77. Sturingsinstrumenten in de WW: 1987-2020, mr. M.D. Ramparichan, 2021.
78. Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming. Sociaalrechtelijke uitdagingen in tijden van digitale transformatie, M. Houwerzijl, S. Montebovi & N. Zekić, 2021.
79. De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip, mr. S. Said, 2021.
80. De continuïteit van de arbeidsrelatie bij aanbestedingen. *Een onderzoek naar de afstemming tussen het arbeidsrecht en het aanbestedingsrecht*, mr. drs. I. Lintsen, 2022.
81. De Waadi, dr. E.J.A. Franssen, 2023.
82. Werkgeverschap in concernverband. *Een analyse van het concern in het arbeidsrecht en de verhouding tot de rechtseenheid*, mr. M.A.N. van Schadewijk, 2023.
83. De ex-werknemer, mr. V. Gerlach, 2023.
84. Transitiefunctie in het ontslagrecht en werkloosheidsrecht, mr. G.R. Oldenhuis, 2023.
85. De verbintenisrechtelijke bescherming van de kleine opdrachtnemer, mr. N.M.Q. van der Neut, 2023.