

# Stop de concurrentie op de arbeidsmarkt

Zelfstandigen mogen geen collectieve afspraken maken over tarieven. Op dat standpunt stelt de Autoriteit Consument en Markt zich al jaren. Maar nu is de ACM teruggefloten door het Hof van Justitie van de EU en roept ook de Raad van Europa op tot vrijheid voor freelance acteurs, journalisten en musici om te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden.

**KLARA BOONSTRA**

*Directeur Wiardi Beckman Stichting*

Op de arbeidsmarkt kunnen — net als op andere markten waar vraag en aanbod samenkomen — de algemene marktprincipes worden toegepast. We kunnen de arbeidsmarkt economisch duiden en bijvoorbeeld bepleiten dat efficiëntie leidend moet zijn. Of juist juridisch, en stellen dat eenieder vrij toegang tot de arbeidsmarkt moet hebben. We kunnen onze arbeidsmarkt sluiten of openen. We kunnen de markt zijn gang laten gaan of juist reguleren. Dat kan ad hoc vanwege bepaalde omstandigheden, maar vaker leggen we regulering voor langere tijd vast in wetten.

In het arbeidsrecht is uitdrukkelijk voor dat laatste gekozen. Het arbeidsrecht biedt vanwege de ongelijke economisch verhoudingen en ongelijke machtsverhoudingen op de arbeidsmarkt een sterke bescherming voor de werknemers. Het arbeidsrecht houdt rekening met de maatschappelijke verhoudingen en compenseert deze, onder meer door collectieve arbeidsovereenkomsten bovengeschied te maken aan het individuele arbeidsrecht. Onderbieding, dat wil zeggen concurrentie tussen

werkenden op grond van de prijs van de arbeid, wordt daarmee voorkomen. De afspraken leggen een bodem in de prijs van de arbeid.

Een ander voorbeeld van regulering van markten is de mededingingswetgeving, waarin het kartelverbod is opgenomen. Die wet verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen die de concurrentie op de Nederlandse markt of een deel daarvan verhinderen of beperken. Op tal van markten bestaan daarvoor goede redenen, denk aan de kartels in de bouw waardoor in het verleden zowel overheid als burgers werden benadeeld. De vraag is echter of onder ‘de markt’ ook de arbeidsmarkt moet worden verstaan. Als dat zo zou zijn, zou de bescherming van werkenden, zoals die is vastgelegd in collectieve arbeidsovereenkomsten, als een kartel kunnen worden beschouwd.

Afspraken op de arbeidsmarkt kunnen uiteraard effect hebben op de prijs van goederen en diensten — in feite zijn cao-afspraken immers prijsafspraken over de lonen — maar omdat cao-afspraken een sociaal doel dienen, zijn

ze uitgezonderd van vrije concurrentie. Zowel de Europese als de Nederlandse wetgever heeft geregeld dat cao's nadrukkelijk worden uitgesloten van de werking van het mededingingsrecht. Dat geldt ook voor cao's die algemeen verbindend zijn verklaard, waardoor ze voor de hele bedrijfstak bindend worden.

In een reeks uitspraken in de jaren negentig heeft het Hof van Justitie van de EU aan deze zogenaamde cao-exceptie een vrij brede werking gegeven. Zo oordeelde het dat ook de Nederlandse pensioenen met hun verplichte deelname in fondsen en vele aanvullende sociale verzekeringen binnen de exceptie vallen. Ook als het gaat om verzekeringen die tevens op de private verzekeringsmarkt te koop zijn en zelfs als de werkgever daarvoor een lagere prijs kan bedingen. De achtergrond van die leer is dat waar een sociaal-politiek doel wordt gediend, concurrentie juist geen goed doet.<sup>1</sup> Ongebreidelde concurrentie op de arbeidsmarkt drukt immers de prijs voor de arbeid en de daarmee samenhangende arbeidsbescherming omlaag. De bodem die de cao legt in het arbeidsrecht wordt met de uitsluiting van het mededingingsrecht breed erkend als algemeen belang.

### **Autoriteit Consument en Markt**

Dat onder 'de markt' in de mededingingswetgeving inderdaad in elk geval de consumentenmarkt moet worden verstaan, blijkt uit het feit dat de toezichthoudende instantie op deze wetgeving in 2013 werd omgedoopt tot Autoriteit Consument en Markt (ACM) — daarvoor heette zij de Nederlandse Mededinging Autoriteit (NMa). Je zou kunnen stellen dat de arbeidsmarkt niet een markt is waarop consumenten een rol spelen, en dus dat de mededingingswetgeving daar helemaal niet van toepassing moet zijn. Maar de ACM past het mededingingsrecht wel degelijk ook op de arbeidsmarkt toe, en wel op dat deel waar zelfstandigen hun diensten aanbieden.

Zelfstandigen worden — anders dan werknemers — wel geacht te concurreren. Door de concurrentie tussen zelfstandigen onderling,

en tussen hen en werknemers, zakt de prijs van de arbeid alsnog door de bodem die het arbeidsrecht beoogt te garanderen. Vervolgens zien we op een aantal plekken een neerwaartse druk op de lonen ontstaan, met name waar het diensten betreft die ook worden verricht door ondernemingen met werknemers.

Deze gang van zaken laat nu al heel wat jaren desastreuze sporen na op de arbeidsmarkt. Verschillende groepen werkenden worden op deze manier tegen elkaar uitgespeeld en worden gedwongen met elkaar te concurreren. Veel werk dat voorheen in loondienst werd gedaan — bijvoorbeeld in de horeca maar ook in de journalistiek, fotografie, bouw, pakketbezorging etc. — is inmiddels omgekat tot 'dienstverlening' door zzp'ers.

---

## **Plat marktfetisjisme bracht de ACM ertoe de mededingingswetgeving op de arbeidsmarkt toe te passen**

---

Het was een bewuste keuze van de ACM om de mededingingswetgeving op deze manier op de arbeidsmarkt toe te passen, een keuze die niet anders kan worden getypeerd dan plat marktfetisjisme. In 2007 al bracht de autoriteit een visiedocument uit waarin zij een poging deed de ruimte voor sociale afspraken — zoals die was erkend door de eerdergenoemde Europese arresten — te beperken. In dat visiedocument wordt gesteld: 'Zzp'ers zijn ondernemers, géén werknemers. Het staat werkgevers en vakbonden vrij om een cao af te sluiten, maar zij mogen hierin geen minimumtarieven voor zzp'ers vastleggen. Het is niet de bedoeling dat onnodige en ernstige concurrentiebeperkingen gerechtvaardigd worden door er het etiket "cao" op te plakken.'

De markt waarop zelfstandigen actief zijn, wordt in die visie vereenzelvd met de consumentenmarkt. De ACM wordt in deze zienswijze gesteund door toonaangevende economen als Barbara Baarsma, die stelt dat het doel van mededinging en marktwerking het vergroten van de welvaart is, specifiek: de welvaart van consumenten.<sup>2</sup> Haar veronderstelling – en van de ACM – is dat concurrentie per definitie consumenten en dus burgers ten goede komt.

In die visie is geen plaats voor de opvatting dat mensen niet alleen consument, maar ook burger, werkende en collega van elkaar zijn en bereid zijn om een prijs voor een dienst te betalen die de werkende in staat stelt de risico's te ondervangen die bij werken horen, zoals werkloosheid, ziekte en arbeidsongeschiktheid.<sup>3</sup> En belangrijker: dat welvaart ook zou kunnen bestaan uit een wereld waarin mensen niet constant met elkaar of zichzelf in strijd hoeven te zijn. Dat ontspannen onderlinge verhoudingen misschien wel een aardiger samenleving opleveren dan een wereld waarin wij allen met elkaar in competitie zijn. Dat sommige zaken zoals zorg en kunst niet vermarkt zouden moeten worden.

### ***De musicus als onderneming***

De FNV heeft zich vanaf het begin tegen deze vermarkting van arbeid verzet. Een belangrijk succes boekte ze eind 2014, toen kunstenaarsvakbond FNV KIEM voor het Europese Hof van Justitie een zaak won die zij zeven jaar daarvoor had aangespannen tegen de NMa/ACM.<sup>4</sup> De inzet van de juridische strijd was het recht van de vakbond om de belangen van werknemers en zzp'ers gezamenlijk en in verband met elkaar te behartigen. Het Hof van Justitie van de EU, de hoogste rechter in onze rechtsorde op dit terrein, oordeelde dat het (onder voorwaarden) is toegestaan om in cao's naast afspraken over de beloning van werknemers ook minimumtarieven voor zzp'ers op te nemen.

Centraal in deze zaak stond de cao voor orkesten, waarin tot 2007 een speciaal hoofd-

stuk was opgenomen voor de zogenoemde remplaçanten. Dat zijn musici die geen vaste plek hebben in het orkest, maar voor de duur van een orkestwerk tijdelijk in het orkest worden opgenomen, bijvoorbeeld om een zieke musicus te vervangen of omdat zij een uitzonderlijk instrument bespelen.

### **In sociaal recht is het goed gebruik mensen niet mee te laten betalen aan regelingen waarop ze geen beroep kunnen doen**

Zij verrichten hetzelfde werk als de vaste leden van het orkest, anders dan de solisten die worden ingehuurd. Soms doen ze dit werk op basis van een tijdelijk dienstverband, dan worden ze werknemer-remplaçanten genoemd en vallen ze gewoon onder het algemene deel van de cao. Soms ook worden ze hiervoor ingehuurd als zelfstandige remplaçant. De juridische titel die daarbij hoort is dat orkest en musicus geen werkgever en werknemer zijn, maar opdrachtgever en opdrachtnemer.

Er bestonden verschillende redenen om in de cao voor orkesten een speciaal hoofdstuk op te nemen voor remplaçanten. Allereerst gelijke behandeling van alle orkestleden, onafhankelijk van hun juridische status. Om dat te bereiken had men ook kunnen kiezen voor een voorschrift in de cao dat elke remplaçant een tijdelijke arbeidsovereenkomst zou moeten krijgen. In dat geval zouden alle arbeidsvoorwaarden onvoorwaardelijk op hen van toepassing worden. En, wellicht belangrijker, ook alle sociale-zekerheidsrechten. Die keuze zou echter ook nogal wat nadelen hebben omdat remplaçanten over het algemeen verschillende werkzaamheden naast elkaar hebben. Vaak geven ze ook les op een muziekschool of

spelen in andere ensembles. Zij hebben daardoor niet veel profijt van grote delen van het arbeids – en sociale-zekerheidsrecht, dat gebaseerd is op meer structurele dienstverbanden. Door exact dezelfde arbeidsvoorwaarden toe te passen zou feitelijk ongelijke behandeling ontstaan. Ze zouden indirect meebetalen aan regelingen waar ze nooit een beroep op zouden kunnen doen. In het sociale recht is het een goed gebruik mensen niet mee te laten betalen aan regelingen waarop ze geen beroep kunnen doen.

Vanuit de gedachte dat het gezien hun feitelijke situatie beter zou zijn de remplaçanten op grond van een opdrachtovereenkomst als zelfstandige te laten werken, maar dat ze wel in staat moesten zijn zich sociaal te verzekeren, werd gekozen voor een opslag van 17% op de beloning van de werknemers. Die tariefafpraak in de cao beoogde dus een materiële gelijkheid tussen de verschillende werkenden te bereiken, waar een formele gelijkheidsbenadering tot ongelijke uitkomsten zou leiden.

De regeling diende ook het tweede doel van de cao-overlegpartners, dat met name voor de vakbond van existentieel belang is: het tegengaan van verdringing tussen de verschillende werkenden. Door de basisprijs van de arbeid vast te leggen, verwijdert de cao immers de prikkel tot concurrentie tussen de verschillende juridische constructies op grond waarvan dezelfde arbeid wordt verricht. Concurrentie die onontkoombaar leidt tot een *race to the bottom* in slechte tijden of in sectoren waarin economische druk ontstaat.

### **FNV KIEM vs de Staat der Nederlanden**

In 2007 werd deze reeds jarenlang bestaande praktijk in de orkestensector aangevochten door de NMa, die de Nederlandse Toonkunstenaarsbond (NTB) dreigde met een boete van € 50.000. De redenering van de NMa was als volgt: de zelfstandig werkende musici zijn ondernemers en de afspraken die met hen worden gemaakt in de cao zijn daarmee met de mededingingswetgeving strijdige onderne-

mersovereenkomsten. De NMa heeft die boete nooit hoeven opleggen. De NTB kon als kleine vereniging zonder veel financiële armslag het risico eenvoudigweg niet nemen en trok zich terug uit de cao-onderhandelingen.

Binnen de FNV was rond die tijd duidelijk geworden dat de ‘zzp’ers zijn ondernemers’-benadering van de NMa niet alleen in de toonkunstensector, maar op de hele arbeidsmarkt tot een concurrentieslag tussen werkenden ging leiden. En dat in het verlengde daarvan verdringing van werknemers door zelfstandigen zou kunnen ontstaan. Men besloot daarom door middel van deze casus tot juridische actie over te gaan.<sup>5</sup>

Lastig daarbij was dat de NMa geen juridisch aanvechtbaar besluit had genomen: de Nederlandse Toonkunstenaarsbond had zich immers zelf na het dreigement teruggetrokken. Daarom werd het eerdergenoemde visiedocument waarin de NMa haar standpunt uiteenzette – ‘zzp’ers zijn ondernemers en vallen onder het mededingingsrecht’ – inzet van de zaak die werd aangespannen tegen de Staat der Nederlanden. De eis die werd geformuleerd was dat de NMa/ACM publiekelijk haar visie moest herzien.

De FNV baseerde de dagvaarding op het argument dat ook het onderhandelen ten behoeve van de als zelfstandige werkende remplaçanten onder de cao-exceptie van het mededingingsrecht valt. Immers, als dat niet het geval is, wordt het recht van de vakbond om voor werknemers te onderhandelen ‘loos’. Door het prijsverschil van de verschillende werkenden, dat al snel zal ontstaan als ze met elkaar moeten concurreren, vindt verdringing van de beschermde werknemers plaats. De cao-exceptie is er juist op gericht concurrentie van werkenden te voorkomen. Als de belangen van beide groepen werkenden – zelfstandigen en werknemers – niet tezamen kunnen worden behartigd, ontstaat het risico dat ze tegen elkaar worden uitgespeeld. Omdat FNV KIEM zowel werknemers als zelfstandigen onder haar leden telt, wordt in dat geval het in verschillende internationale verdragen be-

schermde recht op vrijheid van vakvereniging en het recht op collectief onderhandelen ten onrechte beperkt.

Het Hof van Justitie van de EU herformuleerde de vraag van de FNV als de vraag of de remplaçanten eigenlijk als ondernemingen moeten worden beschouwd in de zin van de mededingingswetgeving (een juridische kwalificatievraag).<sup>6</sup> Het Hof argumenteerde dat zelfstandigen niet langer als onderneming hoeven te worden beschouwd als ze niet de vrijheid hebben om het tijdschema, de plaats en inhoud van het werk te kiezen en bovendien niet delen in de commerciële risico's van

---

## De 'zzp'ers zijn ondernemers'-benadering van de ACM heeft geleid tot een concurrentieslag tussen werkenden

---

de werkgever. Een verdere voorwaarde is dat zij tijdens de duur van de overeenkomst in de onderneming zijn opgenomen en derhalve een economische eenheid vormen.

In het geval van de remplaçanten was van al deze voorwaarden sprake, zo oordeelde het Haagsche gerechtshof dat de prejudiciële vragen had gesteld en met de antwoorden van het Hof tot een voor FNV KIEM gunstig oordeel kwam. Immers: zij gaan op in het orkest, moeten repeteren als de dirigent dat opdraagt, kunnen geen Bach gaan spelen als Beethoven op het programma staat en het inkomen dat zij uit hun werkzaamheden halen is niet onderhevig aan de markt waarop ze de dienst verlenen. Gedurende de overeenkomst gaan zij op gelijke wijze op in het orkest als hun collega-musici, die wel op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. In dat geval, zo stelt het Hof van Justitie, is sprake van

'schijnzelfstandigen' ('false self-employed'), een bijzonder soort werknemers.

Dat is een wat ongelukkige term, omdat wij die in Nederland gebruiken voor de situatie waarin iemand juridisch werknemer is, maar door zijn werkgever foutief wordt gekwalificeerd om de verplichtingen van het arbeidsrecht te ontlopen. Van dergelijk misbruik was in deze casus geen sprake, ook niet volgens het EU-hof.

### *Eind goed, niet al goed*

Hoewel de uitkomst voor FNV KIEM uiteindelijk positief was voor deze groep werkenden, is de benadering van het Hof problematisch. Deze casus is opgelost door opnieuw een scheidslijn te trekken, maar nu op een andere plek, tussen verschillende categorieën werkenden. Maar alleen voor die situatie waarin werknemers en opdrachtnemers zij aan zij dezelfde werkzaamheden verrichten in de onderneming van de werkgever/opdrachtgever. Weliswaar is daarmee het Europese werknemersbegrip wat breder geworden, maar aan het basisprobleem van concurrentie tussen groepen werkenden waardoor zij elkaar verdringen, is niets veranderd.<sup>7</sup>

Dat bleek inderdaad toen de FNV trachtte de uitkomst van het arrest te verzilveren in een andere sector, namelijk die van de architectenbureaus. Toen de partijen bij de cao voor architectenbureaus een algemeen verbindendverklaring-verzoek voor hun cao bij het ministerie van SZW indienden, ontvingen zij nul op het rekest. Het ministerie stelde zich, na raadpleging van de ACM, wederom op het standpunt dat de in opdracht werkende architecten die zij aan zij werken met werknemers — net als in de orkesten — niet aan de omschrijving van het Hof voldoen.

Nu is het natuurlijk mogelijk om daarover ook weer een rechtszaak te starten, de jarenlange ommegang naar verschillende gerechten te maken en te bakkeleien over waar de scheidslijn tussen verschillende groepen werkenden eigenlijk moet liggen, maar in feite is dat een

kunstmatige en heilloze weg. Want als we dan zeven jaar verder zijn, en het is voor de architecten geregeld, dient zich wel weer een ander voorbeeld aan, en weer een ander. Beter zou het zijn om naar de grondslagen van de arbeidsbescherming te kijken en vervolgens te herijken op wie die van toepassing zouden moeten zijn.

De dienstenmarkt waarop ondernemers actief zijn, blijft in de huidige wetgeving fundamenteel gescheiden van de arbeidsmarkt. Daardoor blijven ook de beide reguleringssystemen ongewijzigd gescheiden van elkaar. Mededingingsregeling voor de dienstenmarkt, arbeidsmarktregulering voor de arbeidsmarkt. Door die schotten tussen de reguleringssystemen wordt niet onderkend dat op een deel van de dienstenmarkt, namelijk waar diensten worden verricht die nagenoeg alleen uit arbeid bestaan, het doel van mededingingsregulering niet wordt behaald, terwijl er wel schade ontstaat voor de werkenden.

### **Bescherming voor alle werkenden**

Bij de toepassing van het marktdenken op de consumentenmarkt van diensten is geen moment aan de belangen van deze groep zzp'ers gedacht. Vaak zal naar voren worden gebracht dat zij de voordelen van het ondernemerschap hebben, zoals het kunnen bedingen van een hogere prijs voor hun arbeid en allerlei fiscale voordelen. Voor degenen die alleen arbeid in hun dienstverlening inbrengen is dat in de praktijk echter meestal een illusie. Zij verdienen vaak niet genoeg om in de risico's die samenhangen met arbeid te voorzien en ook niet om werkelijk de fiscale voordelen te genieten.<sup>8</sup>

Zelfstandigen zonder personeel waarvoor geldt dat de dienst die zij verrichten vrijwel geheel uit hun arbeid bestaat, zouden categoriaal buiten het mededingingsrecht moeten worden gehouden. Dat geldt in het bijzonder voor zelfstandigen die arbeid verrichten die ook door werknemers wordt verricht, zoals remplaçanten. Zij zijn immers wat betreft hun

werkzaamheden volledig uitwisselbaar. De wetgever zou moeten erkennen dat als wordt uitgegaan van de gezamenlijke belangen van zowel de werknemers als de zelfstandigen, gelijke behandeling afstemming van hun werkelijke behoeften vergt. Net als voor werknemers geldt dat zij bescherming zouden moeten genieten tegen werkloosheid en arbeidsongeschiktheid en moeten kunnen sparen voor hun pensioen.

Het is goed mogelijk om beide vormen van de arbeidsrelatie — 'werknemer' en 'werk in opdracht' — naast elkaar te laten bestaan. Daar bestaan ook vanuit de werkenden gereedeneerde goede redenen voor. Hun arbeidsbescherming hoeft niet identiek te zijn, want hun omstandigheden zijn dat ook niet. Wel moet snel een einde komen aan het uitspelen van groepen werkenden tegen elkaar. Daarvoor is het nodig dat een model van materiële gelijkwaardigheid wordt ontwikkeld waaraan ook de ACM zal zijn gebonden.

Voor zelfstandigen die zij aan zij werken met werknemers, zou de ACM bij wijze van spreken morgen al met een nieuw visiedocument kunnen komen waarin ze toestaat dat zij collectief mogen onderhandelen over prijzen. Hiervoor is — gezien de uitspraak van het Europese Hof van Justitie — geen wetswijziging nodig.

Voor de zelfstandigen die niet zij aan zij werken met werknemers, is wel een wetswijziging nodig. En daarvoor is in Europa en in Nederland politieke wil tot verandering, tot sociale rechtvaardigheid vereist. Er gloort enige hoop aan de horizon. Zo besloot het Comité van Ministers van de Raad van Europa in een Ierse zaak over stemacteurs dat zij, en ook andere acteurs, freelance journalisten en musici, over hun arbeidsvoorwaarden zouden moeten kunnen onderhandelen.<sup>9</sup> Eerder in 2017 stelden de Sociaal-Economische Raad en de Raad voor Cultuur eveneens dat daartoe grote noodzaak bestaat.<sup>10</sup> De kunsten zijn vaak de voorlopers voor verandering, laat dat ook nu het geval zijn.

- Noten**
- 1 Onder meer Albany-arrest, vindplaats [eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CJ0067\\_SUM&from=RO](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CJ0067_SUM&from=RO).
  - 2 Baarsma B., 'Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging: Een welvaart economisch perspectief', *TPE-digitaal* 2010, jaargang 4(1), pp. 147-175.
  - 3 [www.ftm.nl/artikelen/jje-bent-burger-geen-consument?share=1](http://www.ftm.nl/artikelen/jje-bent-burger-geen-consument?share=1)
  - 4 Formeel werd de Staat der Nederlanden gedaagd omdat de NMa geen rechtspersoon was.
  - 5 Vanaf 2008 tot het einde van de rechtsgang was de auteur van dit artikel als jurist werkzaam bij de FNV en intensief bij de casus betrokken.
  - 6 <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2015:2305>
  - 7 [www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Policy-Brief-2016-14-Flexibiliteit-op-de-arbeidsmarkt.pdf](http://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Policy-Brief-2016-14-Flexibiliteit-op-de-arbeidsmarkt.pdf)
  - 8 [www.khmw.nl/wp-content/uploads/Wim-Drees-Fonds-KHMW-Koen-Caminada-4-okt-2018.pdf](http://www.khmw.nl/wp-content/uploads/Wim-Drees-Fonds-KHMW-Koen-Caminada-4-okt-2018.pdf)
  - 9 The European Committee of Social Rights, Collective Complaint No. 123/2016 ICTU v. Ireland.
  - 10 [www.ser.nl/nl/Publicaties/Weerbare-cultuursector](http://www.ser.nl/nl/Publicaties/Weerbare-cultuursector)

## S&D online lezen

Vanaf dit jaar kunnen abonnees van S&D de meest recente artikelen direct online lezen. Ook komt er een maandelijkse attendering van nieuw verschenen artikelen per mail.

Wilt u S&D online lezen en/of per mail geattendeerd worden op nieuwe artikelen? Geef dan uw naam en e-mailadres aan ons door via [send@wbs.nl](mailto:send@wbs.nl). Wij sturen u vervolgens de gegevens toe waarmee u een account kunt aanmaken op de website van de Wiardi Beckman Stichting.