

ZZP: Zelfstandige Zonder (sociale) Protectie?

Een onderzoek naar de mogelijkheden om zelfstandigen zonder personeel beter te beschermen tegen ouderdom, arbeidsongeschiktheid en ziekte, met specifieke aandacht voor minimumtarieven voor zelfstandigen in de cao

Door

A.H.J. Schreuders

(ANR 91.38.91)

Masterscriptie Recht en Management te verdedigen tegenover de examencommissie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Tilburg (mr.dr. W.G.M. Plessen en prof. dr. A.C.J.M Wilthagen)

op

Woensdag 16 september 2009 om 16:00 uur

Inhoudsopgave

Inleiding	3
Hoofdstuk 1 Huidige situatie zelfstandigen	6
1.1 Trends en cijfers	6
1.2 Wettelijk kader.....	7
1.3 De afbakening tussen een zelfstandige en een werknemer.....	7
1.4 Huidige positie arbeidsrecht	14
1.5 Huidige positie sociale zekerheid.....	15
1.6 Oplossingen.....	18
Hoofdstuk 2 Collectieve vertegenwoordiging en minimumtarieven in de cao.....	19
2.1 Collectieve vertegenwoordiging van zzp'ers in Nederland.....	19
2.2 Inleiding in het cao recht en mededingingsrecht	20
2.3 Standpunt NMa.....	25
2.4 Analyse	29
2.5 Rechtsvergelijking: Bescherming via afspraken in de cao in andere lidstaten.....	33
2.6 Conclusie.....	39
Hoofdstuk 3 Het sociale zekerheidsrecht voor zelfstandigen in Europa.....	41
3.1 Trends en cijfers in Europa.....	41
3.2 Rechtsvergelijking betreffende de wettelijke regelingen in Europa	41
3.3 Conclusie rechtsvergelijking en toepassing op Nederland	50
Hoofdstuk 4 Conclusies en aanbevelingen	52
4.1 Conclusies betreffende de collectieve vertegenwoordiging en minimumtarieven.....	52
4.2 Andere oplossingen voor een betere bescherming van zzp'ers	57
4.3 Aanbevelingen	60
Literatuurlijst.....	61
Jurisprudentieregister	68

Inleiding

“Neem twee pas afgestudeerde hbo’ers. De één wordt werknemer. Hij krijgt een salaris van ca. € 30.000, bouwt pensioen op, krijgt vaak een leaseauto en een mobieltje, kan een hypotheek krijgen en heeft 36 vakantiedagen. De hbo’er die ondernemer wordt, heeft een startkapitaal nodig van € 30.000 dat bijna geen bank hem wil geven, werkt 80 uur in de week, bouwt niet vanzelf pensioen op, kan geen hypotheek krijgen en als hij personeel heeft dat ziek wordt, moet hij ze twee jaar doorbetalen. Na vijf jaar treffen de twee hbo’ers elkaar weer en wat denk je dan dat ze tegen elkaar zeggen?”¹

Hopelijk vertelt de ondernemer enthousiast over zijn eigen bedrijf. Kansen en uitdagingen, vrijheid, flexibiliteit en eigen verantwoordelijkheid. Maar veel ondernemers vinden de verschillen groot en zijn van mening dat ze een hoge prijs moeten betalen voor deze vrijheid. Zijn de verschillen echt zo groot? En hoe kunnen we meer gelijkheid creëren tussen werknemer en zelfstandige?

De laatste jaren zijn zelfstandigen, en vooral zelfstandige zonder personeel (zzp’ers) sterk in opkomst. Vanwege de verschillen in definitie zijn er geen eenduidige cijfers bekend. Over het algemeen wordt geschat dat er momenteel ca. 500.000 zzp’ers zijn.² Volgens de Kamer van Koophandel zijn er in 2008 92.600 zzp’ers gestart³ en blijft het aantal zelfstandigen voorlopig groeien. Wel moet hierbij aangetekend worden dat alleen de inschrijving bij de Kamer van Koophandel al volstaat voor de status van ondernemer. Waarschijnlijk zijn er ook een groot aantal ondernemers die wel ingeschreven staan maar (nog) niet werkelijk bezig zijn met de bedrijfsvoering.⁴

Toch is er een behoorlijke groei van het ondernemerschap en wil de overheid dit ook graag stimuleren. Zo wordt het zelfstandig ondernemerschap ook nadrukkelijk genoemd in het rapport van de Commissie Bakker.⁵ De ondernemers worden ook wel de olie van de economie genoemd, en kunnen de economie draaiende houden. De EU ziet de zelfstandigen als een banenmotor en neemt maatregelen om het

¹ Letterlijk citaat van L. Hermans uit Telegraaf van 28 maart 2007 genoemd in Ministerie van Economische Zaken 2007.

² Zie CBS, “Werkgelegenheid groeit op alle fronten”, 18 juli 2007, EIM/Bureau Bartels 2008, p 20, Commissie Stevens 2005, p. 63, FNV 2007, p.10 en FNV 2007, p. 6.

³ KvK 2009.

⁴ Bouma 2009.

⁵ Commissie Bakker 2008.

ondernemerschap te bemoedigen⁶. In de huidige recessie zien we dat veel zzp'ers het moeilijk hebben, maar gemiddeld genomen doen ze het beter dan grotere ondernemingen met meer personeel.⁷

Aan de andere kant zien we ook juist nu het grote verschil in arbeidsrechtelijke bescherming en sociale zekerheid tussen de zzp'er en de werknemer. Uit een onderzoek van de EIM⁸ is gebleken dat het inkomen van ondernemers dalende is en dat veel ondernemers onder de armoedegrens leven. Daarnaast heeft de zzp'er geen bescherming bij beëindiging van het contract en vallen zelfstandigen in principe niet onder de werking van de Wet Minimumloon en vakantiebijslag (WML) waardoor zelfstandigen geen wettelijk afdwingbaar recht hebben op het minimumloon. Bovendien heeft de zzp'er geen recht op een werkloosheidsuitkering en moet hij zijn aanvullend pensioen en arbeidsongeschiktheidsregeling zelf regelen. Uit diverse onderzoeken⁹ blijkt dat veel zzp'ers geen aanvullend pensioen en/of arbeidsongeschiktheidsverzekering hebben. Dit betekent dat veel zzp'ers bij arbeidsongeschiktheid of bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd wel eens problemen zouden kunnen krijgen.

Doordat veel zzp'ers, in tegenstelling tot werknemers, hun pensioenpremies en andere verzekeringspremies niet in rekening brengen bij de opdrachtgever zijn ze verhoudingsgewijs goedkoper dan werknemers. Dit zorgt voor een toenemende concurrentie tussen werknemers en zzp'ers en voor een toename van deze zelfstandigen. Het betekent ook dat ons sociale zekerheidsstelsel, wat voor een groot gedeelte op werknemers is gebaseerd, voor steeds minder mensen geldt.¹⁰

Recent hebben veel partijen in de media aangegeven dat er mogelijk iets collectiefs geregeld moet worden voor deze groep zelfstandigen.¹¹ Er wordt gedacht aan verplichte wettelijke regelingen, maar veel zelfstandigen willen juist geen verplichtingen. Momenteel vindt er bij de SER een onderzoek plaats naar de mogelijkheden om voor zzp'ers een wettelijke regeling te treffen.¹²

⁶ Aerts 2007, p. 6.

⁷ Het Financieele Dagblad, Zzp'er heeft nog geen last van kredietcrisis, 24 december 2008.

⁸ EIM 2009.

⁹ Zie onder meer: PZO: Eén op de twaalf ondernemers raakt jaarlijks arbeidsongeschikt, 24 april 2009, Aerts 2007 p. 282 en Vaerndal 2008, p. 13.

¹⁰ Nagelkerke, Plessen & Wilthagen 2008, p.441.

¹¹ Telegraaf: CDA en PvdA bezorgd over aantal zzp'ers, 12 februari 2009

¹² De Fijter 2009.

Naast het treffen van een collectieve regeling kan er ook gedacht worden aan het afspreken van minimumtarieven en standaardcontracten in de CAO. Ook zelfstandige ondernemers kunnen namelijk onder een CAO vallen. In 2007 echter heeft de NMa laten weten dat deze tariefafspraken in strijd zijn met de Nederlandse en Europese mededingingswetgeving.¹³ Uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt echter dat op dit gebied grote verschillen zijn binnen Europa terwijl toch alle Europese lidstaten onder de Europese mededingingswet vallen.

Probleemstelling

In deze scriptie zal ik de mogelijkheden voor collectieve regelingen, en met name de vraag of tariefafspraken in cao juridisch mogelijk zijn, nader onderzoeken. Mijn probleemstelling is dan ook:

Welke mogelijkheden zijn er om een wettelijke of collectieve regeling te treffen voor betere voorzieningen van zzp'ers voor pensioen, arbeidsongeschiktheid en ziekte?

Hierbij komen verschillende aspecten aan bod: het huidige arbeidsrecht, sociale zekerheidsrecht, cao-recht en mededingingsrecht, maar ook veel rechtsvergelijkende componenten.

Opbouw scriptie

In het eerste hoofdstuk zal meer aandacht besteed worden aan de huidige positie van zelfstandigen en zullen enkele mogelijke oplossingen worden toegelicht. Hierna wordt er in het tweede hoofdstuk naar de eerste oplossing gekeken, namelijk het bieden van bescherming door afspraken in de cao. Hiervoor worden ook de wettelijke kaders van het cao-recht en het mededingingsrecht beschreven. Verder wordt het standpunt van de Nederlandse Mededingingsautoriteit bekeken en vindt een rechtsvergelijking plaats. Vervolgens zal in het derde hoofdstuk een Europese rechtsvergelijking plaatsvinden waarbij de positie van zelfstandigen in de verschillende sociale zekerheidsstelsels nader bestudeerd wordt. Hierna wordt gekeken welke oplossingen in Nederland toepasbaar zijn. Tot slot volgt hoofdstuk vier waar conclusies en aanbevelingen zullen volgen.

¹³ NMA 2007.

Hoofdstuk 1 Huidige situatie zelfstandigen

Hoofdstuk 1 begint met een overzicht van enkele trends en cijfers. Daarna volgt een wettelijk kader, waar de meest relevante wetten worden beschreven. Vervolgens wordt er nader ingegaan op het probleem van de afbakening tussen de werknemer en de zelfstandige. Hierna volgt een overzicht van de huidige bescherming volgens het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht en tot slot worden enkele oplossingen geïntroduceerd.

1.1 Trends en cijfers

Zoals in de inleiding beschreven zijn er in Nederland een groot aantal zelfstandige ondernemers. Volgens TNO waren er in 2006 356.320 zelfstandigen zonder personeel en waren ze vooral te vinden in de sector vastgoed en verhuur (25,7%), detailhandel en reparatie (18,8%), agricultuur, jacht en bosbeheer (17,7%) en de bouw (12,8%). Ook recent is gebleken van een groei in het aantal zelfstandigen. In maart 2009 schreven zich opnieuw een recordaantal nieuwe starters in bij de Kamer van Koophandel. De meeste startende ondernemers zijn zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers), dit is sinds 2005 gestegen van 84,5% naar 89% in 2008. Het aantal startende Poolse ondernemers in Nederland is in 2008 met 33% gedaald, wel zijn er meer Bulgaarse (stijging van 63%) en Roemeense (stijging van 77%) ondernemers in Nederland gestart. Dit heeft alles te maken met de toetreding van Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie.¹⁴

Naar verwachting zal het aantal zzp'ers in de toekomst alleen nog meer toenemen. FNV denkt aan één miljoen zzp'ers in 2010¹⁵ en MKB Nederland verwacht in 2012 twee miljoen zelfstandigen zonder personeel.¹⁶ Deze groei komt door verschillende factoren. Ten eerste wordt de dienstensector steeds belangrijker, en de industriële sector steeds kleiner. Juist in de dienstensector is het aantrekkelijk om een klein bedrijf op te zetten. Daarnaast wordt dit makkelijker gemaakt door veel technologische ontwikkelingen, bijvoorbeeld internet. Bovendien zijn hierdoor ook de communicatievormen veranderd waardoor er sneller wordt gewerkt met thuiswerkers, uitzendkrachten en zzp'ers. Tot slot heeft de consument minder behoefte aan massaproductie en kiest eerder voor een individueel gemaakt product, vervaardigd door een specialistische vakman.¹⁷

¹⁴ Kvk: Zelfstandig ondernemen blijft populair, 21 april 2009.

¹⁵ FNV: 1 miljoen zelfstandigen in 2010, 22 december 2006.

¹⁶ MKB Nederland: zzp'ers verdubbelen in aantal, overheid moet iets doen, 30 september 2008.

¹⁷ FNV 2007, p. 6.

1.2 Wettelijk kader

Het grote verschil tussen een werknemer en een zelfstandige is, juridisch gezien, de wijze van contractering. Een werknemer werkt volgens een arbeidsovereenkomst (BW 7:611), terwijl een zelfstandige volgens een overeenkomst van opdracht (BW 7:400) of aanneming van werk (BW 7:750) werkt.

Arbeidsovereenkomst

Artikel 7:610 Burgerlijk Wetboek definieert de arbeidsovereenkomst als: ‘de overeenkomst, waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt, in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten’. Een arbeidsovereenkomst bevat vier elementen: arbeid, loon, een zekere tijdsduur en een gezagsverhouding.

Opdrachtovereenkomst

Artikel 7:400 Burgerlijk Wetboek definieert de opdrachtovereenkomst 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 werk of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken’

Aanneming van werk

Artikel 7:750 Burgerlijk Wetboek definieert aanneming van werk als: ‘de overeenkomst, waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld’

Deze overeenkomsten sluiten elkaar uit, wanneer de ene overeenkomst van toepassing is, zijn de andere twee overeenkomsten niet van toepassing.

1.3 De afbakening tussen een zelfstandige en een werknemer

Een bekend probleem vormt de afbakening tussen de werknemer en de zelfstandige. Dit onderscheid is niet altijd simpel te maken. In de volksmond worden de mensen die net tussen de status van werknemer en zelfstandige vaak ‘schijnzelfstandige’ genoemd. Een voorbeeld hiervan is de werkgever die van zijn werknemers vraagt om zelfstandig te worden zodat de werknemer toch zijn werk behoudt en de

werkgever minder premies hoeft af te dragen. Vaak ontvangt de ex-werknemer dan een hogere vergoeding zodat hij er ook voordeel van heeft. Het nadeel van deze constructie is dat de zelfstandige geheel afhankelijk is van zijn vroegere werkgever is en dat maakt hem erg kwetsbaar. Er moet hier een onderscheid gemaakt worden tussen de arbeidsrechtelijke benadering en de fiscale/sociale zekerheidsrechtelijke benadering. Beide benaderingen kennen verschillende eisen voor het vaststellen van de juridische status.

1.3.1 Arbeitsrechtelijke benadering

Bij de arbeidsrechtelijke benadering wordt gekeken of er een arbeidsovereenkomst aanwezig is. Hierbij wordt specifiek gekeken naar de vier elementen van een arbeidsovereenkomst: arbeid, loon, tijdsduur en de gezagsverhouding.

Arbeid

Uit artikel 7:659 lid 1 BW blijkt dat de werknemer verplicht is om de arbeid zelf te verrichten; hij kan zich alleen met de toestemming van de werkgever door een derde doen vervangen. Zo was er het *Zwarthoofd/Parool* arrest waar een medewerkster kranten bezorgde, waarbij ze niet verplicht was deze kranten zelf te bezorgen. De rechter oordeelde dat hier geen sprake was van een arbeidsovereenkomst.¹⁸ In een ander arrest was er een tolk, die op oproepbasis vertaalwerkzaamheden deed, waarvan de rechter oordeelde dat hij geen arbeidsovereenkomst had. Een belangrijk element was hier dat de tolk niet verplicht was om gehoor te geven aan de oproep.¹⁹

Loon

De verplichting van de werkgever om loon te betalen is een essentieel element van de arbeidsovereenkomst. Zonder betaling van loon is er geen arbeidsovereenkomst. Onder loon wordt verstaan een volgens de arbeidsovereenkomst verschuldigde vergoeding voor de arbeid. In het arrest *Groen/Schoevers* bepaalde de Hoge Raad dat de betaling van Groen niet als loon kon worden aangemerkt en dat er daarom geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Groen verzorgde lessen voor het Schoevers-instituut. Hij verstuurde het instituut facturen, ontving geen vakantietoeslag en maakte geen

¹⁸ HR 13 december 1957, NJ 1958, 35.

¹⁹ Ktr Den Haag 26 maart 2003, JAR 2003/150.

aanspraak op doorbetaling tijdens ziekte of vakanties. Een doorslaggevend argument was dat de loonbetaling behoorlijk afweek van het gebruikelijke loon bij een arbeidsovereenkomst.²⁰

Tijdsduur

Zelden speelt het element ‘gedurende zekere tijd’ een doorslaggevende rol bij het beoordelen van een arbeidsovereenkomst. Een enkele keer oordeelde een rechtsorgaan dat de arbeid te kort had plaatsgevonden om te spreken van een arbeidsovereenkomst. In artikel 7:610a BW is een rechtsvermoeden te vinden: ‘hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst’. Hierbij geeft de wetgever aan dat er wel waarde gehecht moet worden aan de tijdsduur.

Gezagsverhouding

Het element gezagsverhouding wordt gezien als het belangrijkste element om te bepalen of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst. Onder gezagsverhouding wordt verstaan dat de werkgever bevoegd is om de werknemer instructies te geven over de werkzaamheden. Het gaat er niet enkel om of de werkgever deze instructies ook daadwerkelijk geeft maar of hij de instructies kan geven. Dat de opdrachtgever ook in de overeenkomst van opdracht aanwijzingen kan verstrekken maakt het geheel extra verwarrend. De instructiebevoegdheid van de werkgever wordt der laatste jaren ook op basis van andere elementen beoordeeld:

Zeggenschap over de inhoud, de wijze van de verrichte werkzaamheden en de aanvangstijden

In de jurisprudentie zien we dat dit criterium verschillend behandeld wordt. Bij het arrest *Animeermeisje* oordeelde de Hoge Raad dat er wel sprake was van een gezagsverhouding. De Hoge Raad hield hierbij rekening met aanwijzingen over de inhoud, de wijze waarop de werkzaamheden werden uitgevoerd, en de aanvangstijd waarop zij aanwezig behoorde te zijn.²¹ In een ander arrest²² volstaat de Hoge Raad met een minimaal aantal omstandigheden (41 uur per week aanwezig zijn), terwijl in het *Groen/Schoevers* arrest²³ wordt aangegeven dat het element van vastgelegde arbeidstijden niet doorslaggevend is voor het bestaan van een gezagsverhouding.

²⁰ HR 14 november 1997, JAR 1997/263.

²¹ HR 17 april 1984, NJ 1985, 18.

²² HR 2 april 1982, NJ 1982, 321.

²³ HR 14 november 1997, JAR 1997/263.

Gewone bedrijfsarbeid

Ook de gewone bedrijfsarbeid kan een doorslaggevend argument zijn bij de vaststelling van een gezagsverhouding, zoals bij het arrest *IVA/Queijssen*.²⁴ Mevrouw Queijssen was thuiswerkster/ponstypiste, wat een reguliere bedrijfsactiviteit voor IVA was. Hoewel mevrouw Queijssen een freelance-overeenkomst had getekend en er geen sprake was van proeftijd en opzegtermijn oordeelt de Hoge Raad toch dat er hier sprake is van een arbeidsovereenkomst. Een belangrijk element is dat andere ponsotypisten in loondienst werkten. Bovendien ontving mevrouw Queijssen vakantiegeld en was een minimum-productie afgesproken. De bedoeling van partijen wordt in dit arrest vergeleken met de werkelijke situatie.

De partijbedoeling

Sinds het *Groen-Schoevers arrest*²⁵ heeft de HR regelmatig laten zien dat ook de partijbedoeling van belang kan zijn. Ook de maatschappelijke positie van de werknemer/zelfstandige mag hierbij betrokken worden. In het *Agfa/Schoolderman arrest*²⁶ bevestigde de Hoge Raad dat de werkelijke verhoudingen moeten prevaleren boven de vorm van de arbeidsverhouding.

Het bezien van de hele rechtsverhouding

Al in het *Groen-Schoevers arrest* gaf de Hoge Raad aan dat niet één enkel kenmerk beslissend is, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, in hun onderlinge verband worden gezien.

De maatschappelijke positie van partijen

Ook de maatschappelijke positie speelt volgens het *Groen/Schoevers* een rol in de classificatie van de arbeidsovereenkomst.²⁷ Men gaat er hier vanuit dat bij een persoon met een maatschappelijke goede positie er eerder sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat personen met een minder goede maatschappelijke positie beschermd moeten worden en daarom eerder als werknemer moeten worden beoordeeld.

²⁴ HR 17 november 1978, NJ 1979, 140.

²⁵ HR 14 november 1997, JAR 1997/263.

²⁶ HR 8 april 1994, JAR 1994/94.

²⁷ HR 14 november 1997, JAR 1997/263

1.3.2 Fiscale en sociale zekerheidsrechtelijke benadering

Bij de fiscale en sociale zekerheidsrechtelijke benadering wordt gekeken naar het werknemerbegrip. Naast deze definitie kent men ook het fictief werknemerschap. Ook de VAR-verklaring speelt hier een belangrijke rol. Volgens artikel 3 van de WW/ZW/WAO is een werknemer een natuurlijk persoon, jonger dan 65 jaar, die in een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking staat. Dit houdt in dat een zelfstandige in principe geen werknemer is volgens de WW/ZW/WAO en dus hiervoor niet verzekerd is. Er is echter nog wel één uitzondering hierop: namelijk de fictieve dienstbetrekking.

Fictieve dienstbetrekking

Een fictieve dienstbetrekking is een dienstbetrekking die in principe niet onder artikel 3 van de WW/ZW/WAO valt maar wel op deze manier wordt behandeld. Zo is er in artikel 4 van zowel de Ziektewet als de Wet Arbeidsongeschiktheid en de Werkloosheidswet een uitzondering te vinden voor de thuiswerker of de zelfstandige die door een overeenkomst tot aanneming van werk persoonlijk een werk tot stand brengt. Ook personen die deze persoon bijstaan worden uitgezonderd. Ook bemiddeling bij het tot stand komen van overeenkomsten is onder bepaalde voorwaarden uitgezonderd evenals degene die als lid van een vissersvaartuig aanspraak heeft op een aandeel in de besomming Coöperatiebestuurders. Enkel in artikel 4 van de Ziektewet is een uitzondering te vinden voor degene die werkzaam is om vakbekwaamheid te verwerven. In artikel 3 van de Wet Loonbelasting 1964 is een uitzondering te vinden voor een kind van 15 jaar of ouder dat werkzaam is in de onderneming van zijn ouder(s). Ook de commissaris van een lichaam in de zin van de Algemene wet inzake Rijksbelastingen is hierbij uitgezonderd. Daarnaast kunnen er nog Algemene Maatregelen van Bestuur worden uitgevaardigd, waarbij een uitzondering gemaakt kan worden mits de arbeid niet verricht wordt in de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep en de overeenkomst aangegaan is voor tenminste 30 dagen. Een in de AMvB genoemde arbeidsrelatie met een VAR-WUO of een VAR-vennoot wordt niet gelijkgesteld. Tot slot volgt nog het rariteitenbesluit waarin ook verschillende soorten zelfstandigen gelijkgesteld worden met werknemers. Het gaat hier om thuiswerken en hun hulpen, diegene die werkzaam zijn via een tussenpersoon, artiesten en musici, professionele sportbeoefenaars of anderen die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht en wiens arbeidsverhouding nog niet volgens artikel 3 en 4 van de ZW/WW of WAO als dienstbetrekking wordt beschouwd maar hiermee wel maatschappelijk gelijkgesteld kunnen worden (bijv de ijsverkoper of de benzinepompexploitant). Voor het rariteitenbesluit gelden wel aanvullende vereisten: zo moet men 2/5 van het minimumloon per maand verdienen, tenminste twee dagen in de week werken, men mag niet rechtstreeks voor een particulier en diens persoonlijke aangelegenheden werken, de werkzaamheden mogen niet overwegend geestelijk van aard zijn, de arbeidsverhouding mag niet worden beheerst door familieverhoudingen en er mag geen sprake zijn van zelfstandige arbeid.

Argumenten vóór een dienstbetrekking	Argumenten tegen een dienstbetrekking
1. het persoonlijk moeten verrichten van de arbeid;	1. het als werker zelf beschikken over de voor zelfstandige verrichting van werkzaamheden benodigde vergunningen;
2. het zich (daarom) niet mogen laten vervangen door een voor de ‘werkgever’ onbekende;	2. het door de ‘werknemer’ hebben gedaan van investeringen;
3. het verrichten van werkzaamheden die een wezenlijk deel uitmaken van de activiteiten van de ‘werkgever’;	3. het door de ‘werknemer’ hebben van zodanig specialistische kennis dat de ‘werkgever’ feitelijk geen gezag/toezicht kan uitoefenen;
4. het deel uitmaken van de werkorganisatie van de ‘werkgever’;	4. het mogen afbreken van de arbeid;
5. een lange duur van de werkzaamheden;	5. de korte duur van de werkzaamheden;
6. het kunnen corrigeren van de ‘werknemer’;	6. het lopen van ondernemersrisico;
7. de economische afhankelijkheid van de ‘werknemer’ ten opzichte van de ‘werkgever’;	7. economische afhankelijkheid van de ‘werknemer’ ten opzichte van de ‘werkgever’;
	8. het feitelijk gezag wordt niet door de eigenlijke ‘werkgever’ uitgeoefend maar door een derde;
	9. de vrijheid de werkzaamheden te verrichten op uren naar keuze van de ‘werknemer’. ²⁸

Zelfstandigen zonder personeel zullen slechts in uitzonderingsgevallen onder een fictieve dienstbetrekking vallen. In de meeste gevallen worden ze niet als werknemer beschouwd en vallen daarom niet onder de werknemersverzekeringen. In veel gevallen heeft de zelfstandige tenslotte investeringen gedaan, vergunningen behaald en loopt hij/zij zelf het ondernemersrisico.

²⁸ Boot 2004, p. 98 – 105.

Zo stelt de Centrale Raad van Beroep dat er geen dienstbetrekking was tussen twee lasmedewerkers en hun werkgever omdat de werkgever alleen een eindcontrole op de geleverde producten doet. De afgekeurde producten waren dan voor rekening en risico van de lasmedewerkers.²⁹ Daarentegen wordt de vrachtwagenchauffeur die niet over de benodigde vergunningen volgens de Wet goederenvervoer over de weg beschikt wel aangemerkt als werknemer.³⁰

VAR-Verklaring

De overheid heeft met de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) geprobeerd meer duidelijk te scheppen omtrent de afbakening tussen werknemers en zelfstandigen op fiscaal en sociale zekerheidsgebied. Een VAR is aan te vragen bij de Belastingdienst en iedereen die een VAR aanvraagt ontvangt deze. Er zijn vier soorten, namelijk de VAR-loon, VAR-WUO (winst uit onderneming), VAR-ROW (resultaat uit overige werkzaamheden) en de VAR-vennoot.

Alleen een VAR-WUO of een VAR-vennoot houdt een zelfstandigheidverklaring in. Een VAR-loon geeft een verklaring van werknemerschap terwijl met een VAR-ROW de status onduidelijk blijft. Het is niet mogelijk om één bepaalde VAR aan te vragen en ook de criteria waarop de Belastingdienst de VAR toewijst worden geheim gehouden. De meeste zzp'ers proberen een VAR-WUO aan te vragen. Hiervoor moet de ondernemer onder andere meerdere opdrachtgevers hebben om te voorkomen dat schijnzelfstandige toch een zelfstandigheidverklaring krijgen. In de praktijk zie je dat zelfstandigen één grote opdrachtgever hebben, en enkele kleine opdrachtgevers welke vooral 'gebruikt' worden om de VAR te verkrijgen.³¹

De VAR wordt door 11,6% van de zelfstandigen aangevraagd. Vaak omdat de opdrachtgever een VAR eist en door zelfstandigen van wie de juridische positie onduidelijk is. Enerzijds biedt de VAR veel duidelijkheid, anderzijds werkt het misbruik in de hand en is de afbakening tussen werknemers en zelfstandigen nog altijd niet opgelost. Daarnaast vinden veel zelfstandigen dat het nogal omslachtig en administratief lastig is om een VAR-ROW te krijgen.³²

²⁹ CRvB 30 maart 2000, USZ 2000/131.

³⁰ CRvB 28 december 2000, USZ 2000/265.

³¹ Aerts 2007, p. 232.

³² Aerts 2007, p.240-248.

Volgens het Platform voor Zelfstandige Ondernemers zou het probleem opgelost moeten worden door duidelijke, eenduidige en elkaar uitsluitende criteria te formuleren voor werknemerschap en zelfstandig ondernemerschap.³³ De Commissie Stevens wil het probleem oplossen door de invoering van een basisstelsel van minimumverzekeringen voor alle ingezetenen van Nederland.³⁴ Deze oplossing wordt nader toegelicht in hoofdstuk drie.

1.4 Huidige positie arbeidsrecht

Het arbeidsrecht is op zelfstandigen zonder personeel slechts gedeeltelijk van toepassing. Waar de werknemer bij beëindiging van het contract of ontslag veel beschermende bepalingen kent (zoals een opzegtermijn, vergoeding en in bepaalde gevallen een automatische verlenging van het contract) is er op dat gebied voor de zelfstandige niets geregeld. Een uitzondering is hier te vinden voor de zelfstandige die voor minder dan drie opdrachtgevers werkzaam is, bij tussentijdse beëindiging van de opdrachtovereenkomst door de opdrachtgever valt deze wel onder de ontslagbescherming van artikel 6 BBA.

Ook valt de zelfstandige in principe niet onder de Wet Minimumloon (WML). Dit betekent dat er geen minimumloon van toepassing is op de beloning van de zzp'er waardoor het mogelijk is dat de zelfstandige werk verricht onder het minimumloon of zelfs onder de kostprijs. Een zelfstandige kan wel onder de WML vallen als hij hierbij met een werknemer gelijkgesteld is. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de zelfstandige minder dan drie opdrachtgevers heeft. Echter, in de meeste gevallen zal de zelfstandige buiten de WML vallen. Dit is een groot verschil met de werknemer waar het minimumloon een leidend en bindend beginsel is. Juist hierdoor pleiten veel mensen voor het opnemen van minimumtarieven in de cao. Er zijn echter ook gedeelten van het arbeidsrecht die ook worden overeengekomen door de opdrachtgevers van de zelfstandigen, de ontslagbescherming van artikel 6 BBA (onder bepaalde voorwaarden), artikel 1 lid 2 van de Arbeidsomstandighedenwet, waarbij de opdrachtgever de taak van de werkgever overneemt inclusief de zorgplicht van de opdrachtgever uit artikel 7:658 BW en de schriftelijke informatieplicht van de opdrachtgever uit artikel 7:655 BW.

³³ PZO: Brief: ontwerp-advies Personenkring, 10 mei 2006.

³⁴ Commissie Stevens 2005, p. 103.

1.5 Huidige positie sociale zekerheid

In de sociale zekerheid zijn de verschillen tussen de zelfstandige en de werknemer nog groter. Hieronder wordt een beschrijving gegeven van de regelingen met betrekking tot pensioenopbouw, arbeidsongeschiktheid en ziekte. Vervolgens zal er nog kort worden ingegaan op enkele voorzieningen, waaronder verschillende bijstandswetten.

1.5.1 Pensioenopbouw

In Nederland bestaat de pensioenopbouw uit drie pijlers. De eerste pijler is de AOW (Algemene Ouderdomswet) op grond waarvan iedere ingezetene van Nederland verzekerd is. De AOW bedraagt in 2009 €1001,94 (bruto) voor alleenstaanden en €1373,56 (bruto) voor samenwonenden.³⁵ Iedere zelfstandige die de pensioengerechtigde leeftijd bereikt ontvangt een AOW-uitkering. Daarnaast wordt door werknemers bij een pensioenfonds ook pensioen opgebouwd en kunnen zowel zelfstandigen als werknemers aanvullend pensioen opbouwen, vaak bij een bank of verzekeraar. Volgens onderzoek bouwt 80% van de zelfstandigen niet voldoende pensioen op voor een goede oudedagsvoorziening, maar heeft 75% van hen wel de ambitie om een degelijk pensioen op te bouwen.³⁶ Dit blijkt ook al een oud probleem te zijn. In de Memorie van Toelichting bij de Wet BPF in 1949 werd al gesproken van een probleem waarvoor een oplossing bedacht moest worden.³⁷ Uiteindelijk is hierover niets opgenomen in de Wet BPF en bestaat het probleem nog altijd. Door de introductie van het banksparen de mogelijkheden voor zelfstandigen verruimd. Ook vallen zzp'ers in enkele bedrijfstakken wel onder het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds, zoals in geval van de schilders en stukadoors.³⁸ Verder moet nog worden opgemerkt dat veel zelfstandigen rekenen op pensioenopbouw via verkoop van het bedrijf of de overwaarde van het huis. Daarnaast maken zelfstandigen relatief veel gebruik van de Fiscale Oudedagsreserve (FOR), waarbij ze 'nu' belastingvoordeel kunnen behalen, maar dan wel in de toekomst hiervan een lijfrente van moeten aanschaffen.³⁹

³⁵ Aldus www.postbus51.nl/aow.

³⁶ Vaerndal 2008, p. 13.

³⁷ Kamerstuk Tweede Kamer 1947-1948 kamerstuknummer 785 ondernummer 3.

³⁸ FNV 2007, p. 18-19.

³⁹ Bangma 2006, p. 9.

1.5.2 Arbeidsongeschiktheid

Bij ziekte en arbeidsongeschiktheid is de werkgever verplicht het loon tijdens de ziekte of arbeidsongeschiktheid, maximaal twee jaar, door te betalen en te zorgen voor een spoedig herstel en reïntegratie.⁴⁰ Wanneer de werkgever twee jaar lang het loon heeft doorbetaald en de werknemer is nog altijd niet hersteld valt deze onder de Wet WIA (Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen). Echter, zelfstandige ondernemers vallen hier niet onder. Wel kunnen zelfstandigen met een arbeidsverleden in loondienst, deze verzekering op vrijwillige basis sluiten. Het is opmerkelijk dat het arbeidsongeschiktheidsrisico van de werknemer wordt gezien als een sociaal risico, een risico dat gedragen dient te worden door de samenleving, terwijl het arbeidsongeschiktheidsrisico van de zelfstandige wordt gezien als een ondernemersrisico, een persoonlijk risico waarvoor de samenleving niet verantwoordelijk is.⁴¹ Uit diepte-interviews met zzp'ers blijkt dat het risico van arbeidsongeschiktheid door hen niet als een zuiver ondernemingsrisico gezien wordt.⁴² Dit betekent dat veel zelfstandigen een verzekering tegen arbeidsongeschiktheid niet als een logische ondernemersverzekering zien. Op grond van deze cijfers zou men kunnen betogen dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering voor ondernemers door de overheid geregeld moet worden.

In het verleden was er wel een verzekering voor zelfstandigen tegen arbeidsongeschiktheid. Vanaf 1976 – 1998 kende Nederland de AAW (Algemene Arbeidsongeschiktheidswet), welke van toepassing was op alle ingezetenen. De wetgever meende toen dat zelfstandigen een reëel risico liepen op inkomensderving wegens arbeidsongeschiktheid, en onvoldoende mogelijkheden hadden om dit particulier te verzekeren. Daarnaast was het lastig om een definitie van zelfstandigen te geven en was het niet mogelijk om voor alle arbeidsongeschikten een overgangsregeling te treffen. Vanaf 1998 werd de WAZ (Wet Arbeidsongeschiktheid Zelfstandigen) ingevoerd. Ook toen was de wetgever van mening dat de verzekeraars geen betaalbare verzekeringen konden garanderen voor alle zelfstandigen. De WAZ had een verplicht karakter en was een uitkering op bijstandsniveau voor alle zelfstandigen die na één jaar meer dan 25% arbeidsongeschikt waren. Slechts 5% van de verzekerden had een WAZ uitkering.⁴³

⁴⁰ Zie 7:629 BW. (op grond van de Verlengde Loondoorbetalingsverplichting bij Ziekte opvolger van de Wet Uitbreiding Loondoorbetalingsverplichting Bij Ziekte)

⁴¹ Aerts 2007, p. 270.

⁴² Lagerveld, Minderhoud & Zwinkels 2004, p.30.

⁴³ Min. SZW 2003.

In 2004 werd de WAZ afgeschaft en besloten dat hier geen regeling voor zelfstandigen voor terug zou komen. Aanvankelijk was er weinig protest, de zelfstandigen vonden de premies voor de WAZ te hoog en de uitkering te laag. Later kwamen er wel protesten omdat een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering vrij duur is, en de vangnetregeling te mager. Men kan aanspraak maken op de vangnetregeling als de zelfstandige geweigerd wordt bij het afsluiten van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Deze regeling keert na twee jaar arbeidsongeschiktheid 100% van de inkomsten uit en voor vijf jaar maximaal € 11.500. Naast dat zelfstandigen de regeling te mager vinden, vooral vanwege de wachttijd, is de regeling ook vrij onbekend onder zelfstandigen. De wetgever meent dat zelfstandigen met een laag inkomen beter een beroep kunnen doen op de Wwb, en dat zelfstandigen met een hoger inkomen best een verzekering kunnen afsluiten.

De verzekeraars vinden de zelfstandigen een interessante groep en zien hier veel mogelijkheden. Uit onderzoek blijkt dat slechts 40% van de zelfstandigen zonder personeel verzekerd is tegen arbeidsongeschiktheid, terwijl per jaar één op de twaalf ondernemers arbeidsongeschikt raakt.⁴⁴ Veel zelfstandigen lopen tegen problemen op bij de medische keuring. Zo is het voor 90% van de zelfstandigen die starten vanuit een WAO of WIA-uitkering niet mogelijk om zich te verzekeren tegen arbeidsongeschiktheid vanwege medische problemen.⁴⁵ Daarnaast vindt 63% van de ondernemers die zich niet verzekeren, dit te duur.⁴⁶

1.5.3 Ziekte en zwangerschap

Zoals hierboven beschreven is de werkgever verplicht het loon tijdens de ziekte, maximaal twee jaar door te betalen en te zorgen voor een spoedig herstel en reïntegratie. Zelfstandige werknemers vallen hier niet onder. Wel kunnen zelfstandigen die in het verleden in loondienst hebben gewerkt de verzekering op vrijwillige basis voortzetten. Deze is ongeveer even duur als een particuliere verzekering maar kent betere voorwaarden. In de praktijk wordt hier weinig gebruik gemaakt, vermoedelijk vanwege de onbekendheid van de regeling⁴⁷ en omdat de ondernemers de regeling als duur ervaren.⁴⁸ Bij zwangerschap en bevalling krijgt de werkneemster haar loon doorbetaald gedurende minimaal 16 weken, één en ander afhankelijk

⁴⁴ PZO: Eén op de twaalf ondernemers raakt jaarlijks arbeidsongeschikt, 24 april 2009.

⁴⁵ FNV 2007 p.13.

⁴⁶ Aerts 2007, p. 282 en Asscher-Vonk 2004, p. 433 t/m 436.

⁴⁷ Lagerveld, Minderhoud & Zwinkels 2004, p.10.

⁴⁸ Aerts 2007, p. 273-274.

van het tijdstip van de bevalling. Ook deze regeling geldt niet voor zelfstandigen. Volgens artikel 8 van de EG-richtlijn 86/613/EEG is elke lidstaat wel verplicht een regeling te hebben voor zwangere zelfstandigen. Daarom is in juni 2008 de regeling Zelfstandig en Zwanger (Z EZ) ingevoerd. Hiermee is geregeld dat zelfstandigen recht hebben op een zwangerschaps- en bevallingsuitkering. De uitkering duurt minimaal 16 weken en is nooit hoger dan het minimumloon. Wel ontvangt de zelfstandige vakantiegeld over de uitkering. De uitkering kan ook gebruikt worden om een vervangende medewerker in te schakelen.⁴⁹ Daarnaast kan de medewerkster zich ook particulier verzekeren tegen loonderving door zwangerschap en/of bevalling. Veel verzekeringsmaatschappijen echter kennen een wachttijd van twee jaar, en dat wordt door de vrouwen als groot nadeel gezien. Hoewel de kantonrechters tot nu toe oordelen dat de particuliere verzekeringen niet in strijd zijn met de wetten en richtlijnen betreffende gelijke behandeling is hier toch sprake van een zekere ongelijkheid.⁵⁰

1.5.4 Voorzieningen

Voor zelfstandigen kennen we de Wet Werk en Bijstand (Wwb), de Wet Inkomensvoorziening Oudere en Arbeidsongeschikte Gewezen Zelfstandigen (IOAZ), de Wet Inkomensvoorziening Oudere en gedeeltelijk Arbeidsongeschikte werkloze Werknemers (IOAW) en het Besluit Bijstandsverlening Zelfstandigen. (Bbz) Specifiek voor zelfstandigen zijn de IOAZ, waarvoor men ouder moet zijn dan 55 jaar of tot een bepaalde groep arbeidsongeschikte moet behoren, en de Bbz. Beiden uitkeringen kennen een vermogenstoets. De Bbz-regeling biedt ook mogelijkheden voor startende zelfstandigen of zelfstandigen met tijdelijke financiële problemen.⁵¹

1.6 Oplossingen

Zoals hierboven beschreven zijn er op arbeidsrechtelijk en op het gebied van de sociale zekerheid grote verschillen tussen zelfstandigen en werknemers. Om deze redenen is het verdedigbaar om voor zelfstandigen extra beschermende regelingen te creëren. In hoofdstuk twee zal eerst gekeken worden naar de collectieve vertegenwoordiging van zelfstandigen en of er via de cao meer bescherming kan worden geboden, bijv. door het stellen van minimumtarieven. Vervolgens wordt er in hoofdstuk drie gekeken naar de wettelijke regelingen in andere landen en welke oplossingen er voor Nederland zijn om de zzp'ers beter te beschermen.

⁴⁹ UWV, 2008.

⁵⁰ Eleveld, 2006, 6, p. 258-265, Eleveld, 2008 p. 313 – 317 en Rb Utrecht, 27 mei 2004, 3 mei 2006 en 2 april 2008. (allen betreffende Movir)

⁵¹ Aerts 2007, p.301.

Hoofdstuk 2 Collectieve vertegenwoordiging en minimumtarieven in de cao

In 2006 was er in Nederland voor het eerst een cao afgesloten met minimumtarieven welke van toepassing waren op een bepaalde groep zelfstandigen. Het ging hierbij om de cao voor remplaçanten van symfonieorkesten. Daarbij benadrukte FNV Kunsten, Informatie en Media (KIEM) dat deze cao als voorbeeld zou kunnen dienen en dat dit niet in strijd was met de Mededingingswet. De FNV was van mening dat in veel gevallen de markt wordt verstoord door grote opdrachtgevers die de prijs bepalen, bijvoorbeeld in de media- en de vervoersbranche. Om deze reden moesten afspraken over minimumtarieven voor zzp'ers in de cao mogelijk zijn in gevallen waar bleek dat de macht van opdrachtgevers te groot werd. Deze tariefafspraken moesten niet gezien worden als een kartel, maar zouden juist een positieve invloed op de markt hebben.⁵² Hierna ontstond veel commotie in Nederland over de toelaatbaarheid van minimumtarieven voor zelfstandigen in de cao. Uiteindelijk heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna NMa) in december 2007 een visiedocument uitgebracht waarin ze aangeeft dat het in de cao vastleggen van minimumtarieven voor zelfstandigen in strijd is met het Nederlands en Europees mededingingsrecht.⁵³

In dit hoofdstuk wordt allereerst een inleiding op de collectieve vertegenwoordiging in Nederland gegeven. Hierna wordt er verder ingegaan op het stellen van minimumtarieven in de cao. Hiervoor wordt een inleiding in het cao-recht en het Europese en Nederlandse mededingingsrecht gegeven. Daarna wordt een uitleg gegeven omtrent de argumentatie van de NMa welke als standpunt heeft dat tariefafspraken in de cao in strijd zijn met het mededingingsrecht. Vervolgens worden tegenargumenten beschreven om te stellen dat tariefafspraken wel toelaatbaar zijn. Hierna vindt een rechtsvergelijking plaats waarbij er gekeken wordt naar de collectieve vertegenwoordiging, mogelijkheden van minimumtarieven in de cao en naar de argumenten van andere Europese mededingingsautoriteiten.

2.1 Collectieve vertegenwoordiging van zzp'ers in Nederland

In Nederland zijn de werknemers redelijk goed vertegenwoordigd door vakbonden en andere belangenorganisaties. Voor de zelfstandige zonder personeel geldt dit in mindere mate. Weliswaar komen de laatste jaren steeds meer organisaties en vakbonden voor zzp'ers (denk aan FNV Zelfstandigen, CNV Zelfstandigen, Platform voor Zelfstandige Ondernemers, ZZP-Nederland etc.) maar toch lijkt er een tegenstrijdigheid te zijn tussen zelfstandig ondernemen en aansluiting zoeken bij een vereniging of

⁵² FNV 2007, p.15-16.

⁵³ Zie NMA 2007.

vakbond.⁵⁴ Dit lijkt een knelpunt te zijn in de politieke organisatie, als zzp'ers politiek geen invloed hebben (ze hebben bijv. geen zetel in de SER) kunnen ze het onderwerp ook niet op de politieke agenda zetten. Bovendien zorgt de recente opkomst van aparte vakbonden voor zzp'ers ook voor veel vragen: kan een vakbond voor zzp'ers ook cao's afsluiten? Moeten zzp'ers apart georganiseerd worden of kunnen deze ook onder 'gewone' vakbonden voor werknemers vallen? Heeft de NMa gelijk als ze stelt dat tariefafspraken in de cao's verboden zijn omdat er dan sprake is van kartelvorming? Om deze vragen te kunnen beantwoorden is meer informatie over het cao-recht en het mededingingsrecht vereist.

2.2 Inleiding in het cao recht en mededingingsrecht

Volgens artikel 1 lid 1 Wet op de cao wordt onder een collectieve arbeidsovereenkomst verstaan de overeenkomst, aangegaan door één of meer werkgevers of één of meer verenigingen van werkgevers met één of meer verenigingen van werknemers met volledige rechtsbevoegdheid, waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld.

Het mededingingsrecht bestaat voor Nederland uit onze Nederlandse mededingingswet (Mw) en de bepalingen over mededinging in het EG-Verdrag. In beide vormen bestaat mededinging onder meer uit het verbod op kartelvorming en het verbod op misbruik van een machtspositie. Om hier een oordeel over te kunnen geven zijn verschillende begrippen en uitzonderingen van belang die hieronder toegelicht worden.

2.2.1 De verhouding tussen de Nederlandse mededingingswet en de Europese mededingingsregels

De Nederlandse mededingingswet

In 1998 is er een nieuwe mededingingswet tot stand gekomen die georiënteerd is op het Europese mededingingsrecht en hier dan ook zo veel mogelijk bij aansluit. Het streven van de Nederlandse wetgever was dan ook om het nationale recht niet strenger en niet soepeler te maken dan het Europese mededingingsrecht. In andere landen, zoals Duitsland en Oostenrijk zien we juist veel verschillen tussen de nationale en Europese mededingingswetgeving.⁵⁵ Bij de invoering van deze wet is er dan ook bewust gekozen voor verbodsregime. Dit wil zeggen dat kartels in principe strijdig zijn met de Mededingingswet, tenzij hiervoor een uitzondering van toepassing is. In het verleden was het vaak juist andersom, dat kartels in principe toegestaan waren, maar onder bepaalde voorwaarden niet toegelaten werden.

⁵⁴ De Rode Hoed 2008, p. 5.

⁵⁵ Drahos 2001, p. 202.

Het Europees EG-Verdrag

Het Europees mededingingsrecht is gebaseerd op artikel 2 en artikel 3 van het EG-Verdrag. Volgens artikel 3 lid 1 sub g EG moet de Gemeenschap om haar doelstellingen⁵⁶ te kunnen verwezenlijken er voor zorgen dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Het Europees mededingingsrecht is alleen van toepassing op overeenkomsten, besluiten en gedragingen die een merkbaar ongunstig effect op de handel tussen de lidstaten hebben of kunnen hebben. Over het algemeen wordt aangenomen dat overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen de handel tussen de lidstaten niet ongunstig kunnen beïnvloeden. Mocht het Europese mededingingsrecht wel van toepassing zijn dan heeft het voorrang boven het nationale recht van de lidstaten als dit afbreuk kan doen aan de uniforme toepassing van het EG-mededingingsrecht.⁵⁷ Dit primaat is onder meer te vinden in artikel 12, 13 en 14 van de Mededingingswet. Hoewel de Europese Commissie enkel het EG-mededingingsrecht kan toepassen kunnen de nationale autoriteiten zowel het EG-recht als het nationale mededingingsrecht toepassen.⁵⁸

Onderscheid tussen Europees en Nederlands mededingingsrecht

Wanneer wordt Nederlands mededingingsrecht toegepast en wanneer de Europese regels? Het onderscheidend criterium is hier de interstatelijke handel. Het Europees mededingingsrecht heeft altijd voorrang op het nationale mededingingsrecht. Om te bepalen of er sprake is van interstatelijke handel is de handelsstromentest ontwikkeld. Op grond van objectieve factoren wordt vastgesteld of effect op de handel mogelijk is. De subjectieve intentie kan hier meegenomen worden. Het is niet van belang of de interstatelijke handel ook daadwerkelijk beïnvloed wordt.⁵⁹

2.2.2 Het verbod op kartelvorming

Artikel 6 lid 1 Mw

Volgens artikel 6 lid 1 Mw zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op merkbare wijze wordt verhinderd, beperkt of vervalst, verboden.

⁵⁶ Genoemd in artikel 2 EG Verdrag.

⁵⁷ HvJ EG, 27 februari 1991 gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90

⁵⁸ Wirtz 2006, p. 104.

⁵⁹ Wirtz 2006, p. 115.

Artikel 81 lid 1 EG-Verdrag

Artikel 81 kent een zelfde inhoud. Volgens artikel 81 lid 1 EG zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen EU-lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst verboden.

2.2.3 Verschillende begrippen

Het begrip onderneming

Uit het arrest *Höffner/Elser*⁶⁰ kan afgeleid worden dat een onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitoefent betreft, ongeacht haar rechtsvorm of de wijze waarop zij is gefinancierd. Onder economische activiteiten wordt vervolgens verstaan: alle activiteiten die erin bestaan om goederen of diensten aan te bieden op een bepaalde markt. De winstfactor van een onderneming is hier niet relevant. In de literatuur is het nog niet geheel duidelijk of vakbonden als ondernemingen gezien moeten worden.⁶¹ De werkgeversorganisatie wordt een stuk sneller dan de vakbond als onderneming bestempeld. Het gaat hier tenslotte om een vereniging van ondernemers die vooral collectieve arbeidsovereenkomsten afsluiten om transactiekosten te besparen en arbeidsrust te ‘kopen’.⁶²

Het begrip ondernemingsvereniging

Een ondernemingsvereniging is volgens het mededingingsrecht: “een organisatie die, ongeacht haar rechtsvorm, een aantal ondernemingen verenigt. Indien de bij een dergelijke vereniging aangesloten werkgevers ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht vormen kan de vereniging als ondernemersvereniging worden aangemerkt.”⁶³

Het begrip werknemer

Wat het Europese mededingingsrecht betreft wordt voor de definitie van werknemer aangesloten bij artikel 39 van het EG-Verdrag. Het Hof heeft in het arrest *Lawrie-Blum*⁶⁴ bepaald dat moet worden uitgegaan van objectieve criteria die kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding. Hiervoor zijn de bekende begrippen tijdsduur (voor een bepaalde tijd), voor een ander, gezagsverhouding en

⁶⁰ HvJ EG 23 april 1991, nr. C-41/90.

⁶¹ Zie o.a. Von Wallwitz 1997 p. 151 en Bloemarts 2000 p. 252.

⁶² Wirtz, p.219 – 226.

⁶³ Kamerstukken II, 1995 – 1996, 24 707, nr 3. p. 58.

⁶⁴ HvJ EG 3 juli 1986, zaak 88/85. Jur 1986. p. 2121 r.o. 17.

loon(vergoeding) doorslaggevend. Natuurlijke personen die niet onder artikel 39 EG vallen en die als zelfstandige deelnemers aan het economisch verkeer tegen beloning goederen of diensten op een bepaalde markt aanbieden en de aan de uitoefening van deze activiteiten verbonden financiële risico's dragen zijn wel ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht, zo bepaalde de Europese rechter in *Pavlov*.⁶⁵

Het begrip overeenkomst

Het begrip overeenkomst komt terug in verschillende arresten waaronder het arrest *GloxeSmithKline*. Hier was sprake van een overeenkomst tussen de moedermaatschappij en enkele dochters waar bepalingen in stonden over de prijsbepaling. Het Europees Hof bepaalde hier dat er sprake is van een overeenkomst “indien twee of meer ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen”.⁶⁶ Een overeenkomst tussen ondernemers of ondernemersverenigingen kan onder het verbod van artikel 6 lid 1 MW en artikel 81 EG vallen. Wanneer er een overeenkomst is afgesloten is er sprake van een gezamenlijk plan waardoor de kans zelfs groter wordt dat het onder artikel 6 lid 1 Mw of artikel 81 EG valt.

Ook wanneer de minimumtarieven worden afgesproken door één of meerdere werknemersverenigingen welke niet als onderneming of als ondernemingsvereniging kunnen worden aangemerkt, kan de afspraak in strijd zijn met het mededingingsrecht. In dat geval kan de afspraak namelijk gekwalificeerd worden als een overeenkomst tussen de betrokken werkgevers, welke wel ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht zijn. Ook kan de afspraak in strijd met het mededingingsrecht zijn als deze gekwalificeerd wordt als een besluit van de werknemersvereniging.

2.2.4 De uitzonderingen

Uitzondering 1: onvoldoende merkbaarheid

De eerste uitzondering is die van onvoldoende merkbaarheid van de gedragingen. De verboden van artikel 6 lid 1 Mw en artikel 81 lid 1 EG gelden namelijk alleen als de gedragingen de concurrentie merkbaar beperken. Voor de beoordeling hiervan is onder meer het aantal door de cao gebonden werkgevers/opdrachtgevers van belang en hun marktpositie. Indien de cao-bepalingen algemeen verbindend is verklaard dan is de kans groot dat de concurrentie merkbaar beperkt wordt.

⁶⁵ HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/184/98. Jur. 2000 p. 1 – 6451 r.o. 74-77.

⁶⁶ GvEA EG 27 september 2006, zaak T-168/01/ Jur 2006 p. II-2969 r.o. 76.

Uitzondering 2: geen beïnvloeding van de intracommunautaire handel

De tweede uitzondering betreft het geval wanneer de intracommunautaire handel haast niet beïnvloed wordt. Zoals al eerder beschreven is artikel 81 lid 1 EG alleen van toepassing als de handel tussen de EU-lidstaten ongunstig wordt beïnvloedt. Hiervoor moet het van te voren te verwachten zijn dat de overeenkomst zoveel invloed uitoefent dat de verwezenlijking van de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt tussen de EU-lidstaten wordt geschaad. Dit is onder meer terug te vinden in het arrest *Remia* waar het Hof oordeelde over de vraag of een concurrentieverbod in strijd kan zijn met de mededingingswet.⁶⁷ Volgens Von Wallwitz⁶⁸ kunnen cao's, met name wanneer er bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard, juist de interstatelijke handel beperken. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in de arresten *BNIC/Clair*⁶⁹ en *NBIC/Aubert*⁷⁰ waar het ging om het vaststellen van minimumprijzen en productiequota van cognac-brandewijn en aanverwante producten. Juist door de algemeen verbindend verklaring werd eerder een beperking van de interstatelijke handel aangenomen.

Uitzondering 3: uitzondering voor cao's

De derde uitzondering betreft een specifieke uitzondering voor cao's. In de parlementaire behandelingen van de Mededingingswet is aangegeven dat het kartelverbod niet van toepassing is op overeenkomsten tussen werknemers en werkgevers en hun organisaties wanneer het gaat om lonen en andere arbeidsvoorwaarden in de zin van de Wet op de Cao.⁷¹ Een cao heeft in hoofdzaak als doel om rechtstreeks bij te dragen aan de verbetering van de werkgelegenheids- en/of arbeidsvoorwaarden van de betrokken werknemers. Dit komt ook naar voren in de arresten *Albany*, *Brentjens en Drijvende Bokken*.⁷² Bij deze drie arresten ging het om de oprichting van een bedrijfspensioenfonds en om dit fonds verplicht te stellen voor alle werknemers in de bedrijfstak. Het Hof merkt hier op dat collectieve overeenkomsten wel onderhevig zijn aan een zekere mededingingsbeperkende werking, maar dat, als de sociale partners de werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden willen verbeteren, zij niet belemmerd mogen worden door

⁶⁷ HvJ EG 11 juli 1985, zaak 42/84 Jur. 1985 p. 2545 r.o. 22.

⁶⁸ Von Wallwitz, 1997 p. 175.

⁶⁹ HvJ EG 30 januari 1985, zaak 123/83.

⁷⁰ HvJ EG 3 december 1987, zaak 136/86.

⁷¹ Kamerstukken II 1995/1996, 24 707 nr 3 p. 7, p. 12.

⁷² HvJ EG 21 september 1999 C 67/96 (*Albany*), gevoegde zaken C 115/97, 116/97, 117/97 (*Brentjens*) en C 219/97 (*Drijvende Bokken*) en de gevoegde conclusie van AG Jacobs van 28 januari 1999, *Jur.* 1999 p 1 – 5751.

artikel 81 lid 1 EG. Om deze reden ontwikkelde het Hof een uitzondering voor sociale partners, die de doelstellingen van sociale politiek nastreven. Om onder deze uitzondering te vallen moet de cao gesloten zijn tussen sociale partners en als doelstelling hebben de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers te verbeteren. Daarnaast moet de overeenkomst rechtvaardigen dat deze buiten de werkingssfeer van het kartelverbod valt. Bovendien moet de collectieve overeenkomst het resultaat zijn van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemersorganisaties. Tot slot moet het doel van de overeenkomst zijn om rechtstreeks bij te dragen aan de verbetering van (één van de) arbeidsvoorwaarden van werknemers.

Ook het *Pavlov-arrest*⁷³ was een belangrijke uitspraak in dit kader. Volgens het Hof kan een beroepspensioenregeling niet aan de bovengenoemde eisen voldoen omdat de regeling geen resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers(organisaties) en werknemersorganisaties. Volgens het Europees Hof kan de uitsluiting van de toepassing van artikel 81 lid 1 EG niet worden uitgebreid tot deze overeenkomsten. Bovendien stelt het Hof dat er in het EG-Verdrag geen bepalingen staan die beoefenaren van vrije beroepen aanmoedigen om dergelijke overeenkomsten te sluiten. Dit biedt dus weinig hoop voor het afsluiten van cao's voor zelfstandigen.⁷⁴

Uitzondering 4: artikel 6 lid 3 Mw en artikel 81 lid 3 EG

Het verbod van artikel 6 lid 1 Mw en artikel 81 lid 1 EG geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Hiervoor geldt wel dat een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede moet komen. Daarnaast mogen aan deze betrokken ondernemingen geen beperkingen opgelegd worden die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of de mogelijkheid te geven voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.⁷⁵

2.3 Standpunt NMa

Volgens de NMa zijn tariefafspraken voor zelfstandigen in cao's in strijd met het Nederlands en Europees mededingingsrecht. De NMa concentreert zich hierbij op het kartelverbod en gaat niet in op de misbruik van machtspositie. De mededingingsautoriteit gaat hierbij uit van de volgende veronderstellingen:

⁷³ HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/184/98. Jur. 2000 p. 1 – 6451.

⁷⁴ Wirtz 2006, p. 189-192.

⁷⁵ Zie artikel 6 lid 3 Mw en artikel 81 lid 3 EG.

2.3.1 De zelfstandigen in de ondernemersvereniging zijn zelfstandigen in de zin van het mededingingsrecht

De NMa is van mening dat de zelfstandigen in de ondernemersverenigingen beschouwd kunnen worden als zelfstandigen in de zin van het mededingingsrecht en om die redenen geen overeenkomsten mogen sluiten met werkgevers welke de mededinging beperken. Doordat de NMa de ondernemers als zelfstandige in de zin van het mededingingsrecht beschouwd is de vakbond een ondernemersvereniging in de zin van het mededingingsrecht.

Volgens de NMa zijn er dan ook drie mogelijkheden bij het afsluiten van een cao door een ondernemersvereniging. Het kan gaan om een ondernemersvereniging die optreedt voor zelfstandigen waarvan alléén zelfstandigen lid zijn, waarvan zowel werknemers als zelfstandigen lid zijn of het kan gaan om een vereniging die optreedt voor zelfstandigen maar waarvan alleen werknemers lid zijn. Het is wel in alle gevallen vereist dat de ondernemersvereniging optreedt voor haar leden, door een overeenkomst, besluit of een onderling afgestemde gedraging.

Zowel in geval één als in geval twee is de vereniging een ondernemersvereniging in de zin van het mededingingsrecht. Het is namelijk niet vereist dat alle leden van de vereniging ondernemingen zijn. In de derde situatie is in principe geen sprake van een ondernemersvereniging volgens de mededingingswet omdat de werknemers geen ondernemers zijn. Wel zou het volgens de NMa zo kunnen zijn dat de vereniging als ondernemersvereniging kan worden aangemerkt wanneer deze ook onderhandelt en afspraken maakt over bindende (minimum)tarieven voor zelfstandigen.⁷⁶

Tevens gaat de NMa er vanuit dat een natuurlijke persoon die op basis van een overeenkomst van opdracht of een aanneming van werk economische activiteiten verricht en de daarmee verbonden financiële risico's draagt als onderneming in de zin van het mededingingsrecht kan worden aangemerkt. Een fictieve dienstbetrekking wordt in het kader van het mededingingsrecht beoordeeld als een werknemer en niet als een onderneming.⁷⁷

⁷⁶ Volgens Beschikking 2005/349 EG van de Commissie van 10 december 2003 (Organische peroxides) en Beschikking 80/1334/EEG van de Commissie van 17 december 1980 (Gegoten glas in Italië) en artikel 1 lid 2 is een werkgever die gebonden is aan de cao, verplicht om tariefbepalingen voor zelfstandigen in de cao ook na te komen jegens zelfstandigen die geen lid zijn van een bij de afsluiting van de cao betrokken vakbond. Hierdoor zou een vakbond die tariefafspraken maakt met werkgevers of werkgeversverenigingen volgens het Mededingingsrecht beschouwd kunnen worden als een onderneming. Hier wordt een parallel getrokken naar de cao die zowel geldt voor gebonden als voor ongebonden medewerkers.

⁷⁷ NMA 2007, p. 10-11.

2.3.2 Tariefafspraken in de cao worden betiteld als horizontale prijsafspraken en zijn streng verboden

De Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet en artikel 81, lid 1 EG noemen als uitdrukkelijk voorbeeld het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de prijzen of andere contractuele voorwaarden.⁷⁸ Deze afspraken worden ook wel getypeerd als horizontale prijsafspraken en zijn één van de meest schadelijke mededingingsbeperkingen. Het vaststellen van minimumtarieven in cao's kan dus worden getypeerd als een horizontale afspraak en is in principe verboden.

2.3.3 Een cao moet gezien worden als een overeenkomst in de zin van het mededingingsrecht

Volgens de NMa is er vanwege de bindende kracht van een cao sprake van een overeenkomst in de zin van het mededingingsrecht wanneer werkgevers en vakbonden vaste tarieven of minimumtarieven voor zelfstandigen vastleggen en dus uitwerking geven aan een gezamenlijk plan om de betrokken zelfstandigen en opdrachtgevers op de markt te beperken.

2.3.4 De concurrentie wordt door de tariefafspraken merkbaar beperkt

Door tarieven vast te stellen zijn opdrachtgevers verplicht om tenminste dit tarief te betalen, ongeacht of ze lid zijn van de betrokken verenigingen. Ook kan de cao algemeen verbindend worden verklaard waardoor nog veel meer opdrachtgevers en zelfstandigen hieraan gebonden worden⁷⁹ en de beperking een nog grotere omvang aan zal nemen. De zelfstandigen kunnen geen lagere tarieven meer stellen, deze vrijheid wordt hen ontnomen. De onderhandelingsmarge wordt kunstmatig verkleind waardoor de prijsvorming op de betrokken markt wordt vervalst. Deze redenering is ook terug te vinden in de gevoegde zaken *FNCBV & FNSEA* waar minimumprijzen waren vastgesteld voor slachthuizen betreffende bepaalde soorten koeien. Het Gerecht van Eerste Aanleg oordeelde dan ook dat dit in strijd met de Mededingingswet was en vorderde een behoorlijke boete.⁸⁰

2.3.5 De beperking van de concurrentie heeft ook invloed op de intracommunautaire handel

Als een overeenkomst van opdracht of een aanneming van werk tussen een door de cao gebonden werkgever en een buitenlandse zelfstandige wordt beheerst door Nederlands recht is deze werkgever volgens artikel 14 van de Wet op de cao verplicht ook voor de buitenlandse zelfstandige het minimumtarief uit de cao na te leven. Hierdoor kunnen ondernemingen en ondernemersverenigingen

⁷⁸ Kamerstukken II, 1995 – 1996, 24 707, nr 3. p. 61.

⁷⁹ Zie Wet AVV.

⁸⁰ GvEA EG gevoegde zaken T-217 en 245/03 r.o. 85.

voorkomen dat zelfstandigen uit andere EU-lidstaten tegen lagere tarieven hun diensten in Nederland aanbieden. Zelfstandige uit andere EU-lidstaten worden hierdoor beperkt in hun concurrentiepositie. Bovendien wordt zo de Nederlandse markt afgeschermd en wordt de verwezenlijking van een gemeenschappelijke markt tegengewerkt.⁸¹

2.3.6 De uitzondering voor cao's is niet van toepassing omdat de aard van de cao is veranderd

Uit de wettelijke definitie van artikel 1 lid 1 van de Wet op de cao volgt dat een cao altijd de aard zal hebben van een collectieve overeenkomst, die het resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen (organisaties van) werkgevers en werknemers. In de media⁸² zijn twee redenen genoemd waarom in een cao vaste tarieven of minimumtarieven voor zelfstandigen zouden moeten worden vastgelegd.⁸³ Ten eerste wordt door de tariefbedingen de concurrentie tussen zelfstandigen en werknemers kleiner. Daarnaast worden ook de zelfstandigen tegen zichzelf beschermd omdat ze anders te lage tarieven hanteren.⁸⁴ Volgens de NMA schiet het eerste argument zijn doel voorbij, werknemers zijn meer gebaat bij duidelijke afspraken over beloning, pensioenen, ziekte, etc. dan dat zij gebaat zijn bij minimumtarieven voor zelfstandigen. Wat het tweede argument betreft meent de NMa dat zelfstandigen vrijheid moeten hebben om het concurrentiegedrag onafhankelijk te bepalen.⁸⁵ Hierdoor worden minimumafspraken niet gezien als cao maar als beperking van de mededinging, te meer omdat van de cao een AVV (Algemeen Verbindend Verklaring) kan worden aangevraagd.

Bovendien verandert de aard van de cao indien aannemingen van werk of overeenkomsten van opdracht onder de cao worden gebracht. Normaal gesproken wordt een cao beheerst door afspraken over loon, vakanties, en andere arbeidsgerelateerde zaken. Zodra zelfstandigen een cao afsluiten verandert dit karakter en gaat het vooral over tarieven, werkafspraken en andere zakelijke aangelegenheden. Dit akkoord lijkt hierdoor meer een overeenkomst van opdracht of een overeenkomst tot aanneming van werk. Deze redenering is ook terug te vinden in de beschikking *FNCBV & FNSEA*⁸⁶ waar het Gerecht van Eerste Aanleg oordeelde dat de veehandelaren gezien konden worden als ondernemingen. Daarnaast

⁸¹ Zie de Richtsnoeren betreffende het begrip beïnvloeding handel in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (Mededeling van de Commissie).

⁸² Het Financieele Dagblad: FNV wil bodem voor tarieven zelfstandigen. Conflict dreigt met concurrentietoezichthouder NMa, 18 maart 2006.

⁸³ NMa 2007, p. 24.

⁸⁴ Groot & Woudt 2006.

⁸⁵ Besluit RvB NMa zaak 5170 r.o. 27, Kamervragen met antwoord 2006-2007, nr. 1558, Tweede Kamer.

⁸⁶ GvEA EG gevoegde zaken T-217 en 245/03 r.o. 53 en 100.

stelde ze dat de betrokken overeenkomst geen collectieve overeenkomst was want deze was niet gesloten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties. Hier had het Gerecht van Eerste Aanleg wel een punt want er waren geen sociale partners (bijv. de werkgeversorganisatie en de werknemersorganisatie) bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken. Omdat dit wel vereist is voor een collectieve overeenkomst kon hiervan geen sprake van zijn en leken de afspraken meer op een zakelijke overeenkomst tussen twee schakels in de productieketen, ook wel een interprofessioneel akkoord genoemd. Daarnaast was er ook nog eens geen sprake van verbetering van werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden. Omdat het betreffende akkoord niet onder de cao als bedoeld in artikel 16 Mw viel, valt een cao met tariefafspraken voor zelfstandigen niet onder de desbetreffende cao-uitzondering.

2.3.7 De uitzondering van artikel 6 lid 3 Mw en artikel 81 lid 3 EG is niet van toepassing

Volgens de NMa kunnen horizontale prijsafspraken in principe niet ten goede komen aan de gebruikers. De uitzondering van artikel 6 lid 3 Mw is dus niet van toepassing bij horizontale prijsafspraken. Tevens dragen horizontale prijsafspraken niet bij aan een verbetering van de productie of een bevordering van de technische of economische vooruitgang. Ook is het niet mogelijk om te stellen dat door de tariefafspraken wordt beoogd billijke mededingingsvoorwaarden op de markt te garanderen. De NMa is van mening dat het niet aan de ondernemingen is om hier wat aan te doen maar aan de wetgever.

2.4 Analyse

Hieronder zal de argumentatie van de NMa geanalyseerd worden. Het ziet eruit als een sterke argumentatie waarbij veel argumenten van de NMa niet betwist kunnen worden. Zo zal een zelfstandige zonder personeel in Nederland gezien worden als een zelfstandige in het mededingingsrecht en niet als een werknemer. Dit kan onder andere uit de arresten *Höffner/Elser*⁸⁷ en *Lawrie-Blum*⁸⁸ worden geconcludeerd. Daarnaast staat ook vast dat afspraken in een cao als overeenkomst in het mededingingsrecht kunnen worden gezien. Hier biedt het arrest *GloxeSmithKline*⁸⁹ een duidelijk voorbeeld van. Ook staat min of meer vast dat prijsafspraken in de cao gezien worden als horizontale prijsafspraken en in principe streng verboden zijn. Dit blijkt ook uit Kamerstukken en uit bijvoorbeeld het arrest *BNIC/Clair*.⁹⁰ Tevens is het zo dat hierdoor de concurrentie merkbaar beperkt zal worden en in

⁸⁷ HvJ EG 23 april 1991, nr. C-41/90.

⁸⁸ HvJ EG 3 juli 1986, zaak 88/85 Jur 1986. p. 1-2121

⁸⁹ GvEA EG 27 september 2006, zaak T-168/01 Jur 2006 p. II-2969

⁹⁰ HvJ EG 30 januari 1985, zaak 123/83

sommige gevallen ook invloed zal hebben op de intracommunautaire handel. Dit is ook terug te vinden in het arrest *FNCBV & FNSEA*.⁹¹ Tot slot denk ik dat tariefafspraken in de cao niet kunnen worden gezien als een uitzondering op grond van artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet of artikel 81 lid 3 van het Europees Verdrag, omdat voor deze uitzondering moet worden voldaan aan strikte criteria die hier niet van toepassing zijn. Een discussiepunt blijft echter de uitzondering van cao's. Daarnaast is het een discussiepunt of een vakbond die zelfstandigen vertegenwoordigt per definitie een ondernemersvereniging is en is er nog een argument uit de Wet op de cao en de Wet op de algemeen verbindend verklaring van cao's. Hieronder zullen de tegenargumenten nader toegelicht worden.

2.4.1 De Wet CAO en de Wet Algemeen Verbindend Verklaren van cao's bieden er wel de mogelijkheden voor

In artikel 1 lid 2 van de Wet op de cao staat het volgende: *'Zij kan ook betreffen aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht. Hetgeen in deze wet omtrent arbeidsovereenkomsten, werkgevers en werknemers is bepaald, vindt dan overeenkomstige toepassing'*. Ook in artikel 2 van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten staat iets van dezelfde strekking: *'Indien de verbindend verklaarde bepalingen aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht betreffen, vindt hetgeen in deze wet omtrent arbeidsovereenkomsten, werkgevers en werknemers is bepaald, overeenkomstige toepassing.'* Deze uitbreiding is onder andere opgenomen om te voorkomen dat men de cao-bepalingen ontwijkt door de arbeidsverhouding in een andere vorm te gieten. Met deze uitbreiding is het mogelijk om alle soorten arbeid onder de toepassing van de cao te brengen. Wanneer er bijvoorbeeld een cao voor de zorg wordt afgesloten kunnen hier zowel werknemers als zelfstandigen onder vallen.⁹² Volgens de wetsgeschiedenis werd destijds gedacht aan een uurtarief voor het inhuren van accountants of aan het opzetten van een loonstelsel voor thuiswerkende sigarenmakers per cao. In de praktijk blijkt dat van deze mogelijkheden (nog) weinig gebruik wordt gemaakt.⁹³ Uit deze bovenstaande wetsbepalingen valt te concluderen dat zelfstandigen collectieve arbeidsovereenkomsten mogen afsluiten en deze vervolgens algemeen verbindend laten verklaren. Aangezien loon een van de belangrijkste arbeidsvoorwaarden is zou het logisch zijn als in deze collectieve arbeidsovereenkomst ook bepalingen over het loon worden vastgelegd. Het vaststellen van minimumtarieven in een bepaalde bedrijfstak zou dus geen probleem moeten zijn.

⁹¹ GvEA EG gevoegde zaken T-217 en 245/03.

⁹² Fase & Van Drongelen 2005, p. 46.

⁹³ Kortenhorst & Van Rooy 1939 p. 62 en Kamphuisen 1956, p. 14.

2.4.2 Een cao afgesloten door een vakbond waarvan zowel zelfstandige als werknemers lid zijn moet gezien worden als een vakbond en niet als een ondernemersvereniging

De NMa redeneert dat zelfstandigen een economische activiteit uitoefenen en dat een vereniging waarvan zelfstandigen lid zijn hierdoor per definitie een ondernemersvereniging is. Voor een ondernemersvereniging is niet vereist dat alle leden zelfstandigen zijn, dus een vakbond met zelfstandigen en werknemers als lid wordt op grond hiervan als ondernemersvereniging beoordeeld. De NMa verwijst hier onder andere naar de arresten *FNCBV & FNSEA*.⁹⁴ Bij dit arrest ging het om veehandelaren waar duidelijk geen sprake was van een verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden. Centraal in dit vraagstuk staan de arresten *Albany, Brentjens en Drijvende Bokken*⁹⁵ waar het echter niet om een vakbond ging maar om een bedrijfspensioenfonds. In dit arrest is echter wel een algemene uitzondering gemaakt. Deze uitzondering lijkt er op te wijzen dat vakbonden als ze cao's afsluiten bezig zijn met een sociale, in plaats van een economische activiteit en dat zij hierdoor niet altijd als onderneming beschouwd kunnen worden. De Commissie noemt in haar mededeling over diensten van algemeen belang vakbonden als een voorbeeld van organisaties welke grotendeels een sociale functie vervullen, geen winstoogmerk hebben en niet deelnemen aan industriële of commerciële activiteiten. Deze organisaties zouden volgens de Commissie niet onder de mededingingswet moeten vallen. Echter, indien vakbonden zich wel op de goederen en dienstenmarkt gaan begeven, moeten zij wel als onderneming worden gezien. Over deze redenering zijn de meningen verdeeld. Zo stelt Von Wallwitz dat vakbonden wel als onderneming beschouwd kunnen worden omdat zij geen taken uitvoeren die aan de overheid voorbehouden zijn en geen verplicht lidmaatschap kennen.⁹⁶ Volgens Mortelmans ligt het onderscheid strikt tussen arbeid en economische activiteiten. Zolang de overeenkomsten die door de vakbond worden gesloten alleen over arbeidsverhoudingen gaan is de betrokken vakbond geen onderneming. Maar als het onder meer gaat om economische activiteiten dan is de betrokken vakbond wel een onderneming.⁹⁷ Ook Wirtz sluit zich aan bij deze mening en spreekt hierbij van de splitsingstheorie.⁹⁸ Bloemarts meent echter dat vakbonden geen ondernemingen zijn, omdat het voeren van collectieve

⁹⁴ GvEA EG gevoegde zaken T-217 en 245/03 r.o. 85 en 100.

⁹⁵ HvJ EG 21 september 1999 C 67/96 (*Albany*), gevoegde zaken C 115/97, 116/97, 117/97 (*Brentjens*) en C 219/97 (*Drijvende Bokken*) en de gevoegde conclusie van AG Jacobs van 28 januari 1999, *Jur.* 1999 p 1 – 5751..

⁹⁶ Von Wallwitz 1997, p. 151.

⁹⁷ Mortelmans 1998, p. 252.

⁹⁸ Wirtz 2006, p. 271.

onderhandelingen een wezenlijke werkzaamheid van de bond is. Ook de ILO-Verdragen en het ESH lijken vakbonden te beschermen.⁹⁹

Wanneer een vakbond zich niet op de goederen en dienstenmarkt begeeft (dus bijv. geen verzekeringen regelt voor zelfstandigen welke lid zijn van de vakbond) maar enkel onderhandelt over arbeidsvoorwaarden kan de vakbond buiten de mededingingswet vallen en zijn tariefafspraken in cao's dus mogelijk. Maar er kan ook geconcludeerd worden dat het Europese Hof zich hier nog niet specifiek over heeft uitgesproken.

2.4.3 Een collectieve arbeidsovereenkomst afgesloten door een vakbond waarvan ook zelfstandigen lid zijn met een of meer werkgevers valt wel onder een van de uitzonderingen van de Mededingingswet

Een lastig punt is of de cao afgesloten door een vakbond waarvan zowel werkgevers als werknemers lid zijn onder een van de uitzonderingen zou vallen. Toegegeven moet worden dat er al snel sprake zal zijn van voldoende merkbaarheid en dat in enkele gevallen zelfs de intracommunautaire handel beïnvloedt kan worden. Ook als de intracommunautaire handel niet beïnvloedt wordt zal de NMa maatregelen nemen. Verder is de toepassing van de laatste uitzondering op grond van artikel 81 EG lid 3 of artikel 6 Mw lid 3 lastig te verantwoorden. Het zal zeer lastig te beargumenteren zijn dat het hier bijvoorbeeld gaat om een overeenkomst die bijdraagt aan de verbetering van de economische vooruitgang, waarbij een billijk aandeel de consumenten ten goede komt, en die de ondernemingen niet onmisbaar beperkt en de mededinging niet voor een wezenlijk deel van de markt uitschakelt. Deze uitzondering wordt dan ook niet snel aangenomen.

Met de cao-uitzondering ligt het iets ingewikkelder. In de parlementaire behandeling is aangegeven dat een cao in principe is uitgezonderd van het kartelverbod. Zoals beschreven in paragraaf 2.2.4 moet er dan aan een streng pakket van voorwaarden worden voldaan. Er moet toegegeven worden dat deze criteria nogal strikt zijn. Toch zou het mogelijk zijn dat een vakbond waarvan ook zelfstandigen lid zijn een cao sluit waardoor ook de arbeidsvoorwaarden voor werknemers veranderen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een cao met minimumtarieven. Hierdoor zal de concurrentie tussen werknemer en zelfstandigen kunnen verminderen en dat is positief voor de werknemers. Deze vakbond mag zich dan niet op de goederen en dienstenmarkt begeven.

⁹⁹ Bloemarts 2000 p. 161.

Volgens Vegter kunnen minimumtarieven van zzp'er ook een werknemersbelang zijn, omdat hiermee voorkomen wordt dat werkgevers werknemers inruilen voor goedkopere zzp'ers. Bovendien dient het belang van de zzp'er om voldoende inkomen te verdienen zwaarder te wegen dan de belangen van de werkgevers. Hierdoor zou de aard van de cao dus niet veranderen en zouden de afspraken onder de cao-uitzondering vallen.¹⁰⁰ Theoretisch gezien is het dus wel mogelijk om een cao voor zelfstandigen onder de cao-uitzondering te laten vallen.

Een andere mogelijkheid is dat tariefafspraken in cao's in principe niet toegestaan zijn, maar in uitzonderingsgevallen wel worden toegelaten. Men kan dan denken aan bepaalde bedrijfstakken waar de prijs wordt bepaald door enkele grote ondernemingen en zzp'ers door de concurrentie worden gedwongen om voor een te lage prijs te gaan werken. Juist in deze gevallen kunnen tariefafspraken een uitstekend middel zijn om zelfstandigen zonder personeel te beschermen. Een lastig punt hierbij is dat de uitzonderingen moeten worden toegelaten door de NMa en die dat voorlopig nog niet van plan lijkt te zijn.

2.5 Rechtsvergelijking: Bescherming via afspraken in de cao in andere lidstaten

Ook in andere landen worden afspraken via de cao gemaakt, soms bindend en soms niet bindend. En ook in andere lidstaten oordelen hier de mededingingsautoriteiten over. Wat de collectieve representatie betreft, waardoor afspraken via de cao gemaakt kunnen worden, heeft ieder land zijn eigen systeem en zijn hier minstens zoveel verschillen als overeenkomsten te vinden. Wel is het opvallend dat bijna in ieder land zelfstandigen wel gerepresenteerd worden door de vakbond of een andere organisatie. Ook is het opvallend dat deze vertegenwoordiging vooral plaatsvindt voor de klassieke freelancers, zoals journalisten, vertalers en schrijvers. Als we de balans opmaken zien we dat in minimaal tien Europese lidstaten het collectief onderhandelen door vakbonden over standaardcontracten en minimumtarieven plaats vindt. Verder zien we dat in drie landen, Duitsland, Ierland en Nederland, het collectieve onderhandelen wordt tegengehouden door de Mededingingsautoriteit. Hoewel er formeel sprake is van één Europa zien we ook hier een grote diversiteit.¹⁰¹

Achtereenvolgens zal er gekeken worden naar Duitsland waar, net als in Nederland, recent discussie over prijsafspraken heeft plaatsgevonden, naar Ierland waar het maken van prijsafspraken in de cao strikt

¹⁰⁰ Vegter 2008.

¹⁰¹ Perdini & Coletto 2009, p. 38 - 49.

verboden is en naar Oostenrijk, waar prijsafspraken in cao's toegelaten worden en algemeen verbindend kunnen worden verklaard.

2.5.1 Duitsland

Collectieve vertegenwoordiging

Er zijn verschillende vakbonden die activiteiten organiseren voor freelancers en zelfstandigen. De grootste vakbond is de Verenigde Diensten Unie (*Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di*) welke aangesloten is bij de Bond voor Duitse Vakbonden (*Deutscher Gewerkschaftsbund, DGB*).¹⁰²

De mogelijkheid om cao's af te sluiten voor zelfstandigen

Collectieve onderhandelingen door de vakbonden in opdracht van freelancers en zelfstandigen komen in Duitsland zelden voor. In principe verbiedt de mededingingswet (*Kartellrecht*) zelfstandigen om afspraken te maken over prijzen. Echter, volgens artikel 12a van de Duitse Wet op de cao (*Tarifvertragsgesetz*) is het mogelijk om cao's af te sluiten voor personen welke volgens de wet gelijkstaan aan werknemers. Dit betreft de freelancers welke economisch afhankelijk zijn, en, alleen of voornamelijk (50%, echter voor de media-sector 30%), voor één opdrachtgever werken. Volgens ver.di worden deze overeenkomsten doorgaans toegestaan door de betrokken werkgevers. Een voorbeeld hiervan is een overeenkomst tussen de Bond voor Duitse Krantenuitgevers (*Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger, BDZV*) en verschillende regionale uitgevers. De overeenkomst betreft zelfstandige journalisten die als werknemers worden behandeld in West-Duitsland. In de overeenkomst worden tarieven afgesproken voor tekst en foto's. Volgens ver.di is de betekenis van de overeenkomst niet erg groot omdat er veel onderlinge concurrentie is. Wel is de overeenkomst een goede manier voor freelancers om zich te oriënteren op de gebruikelijke tarieven in de markt.¹⁰³ Een ander voorbeeld is een overeenkomst van ver.di met negen uitgevers over de beloning van schrijvers. Deze overeenkomst, welke volgens de Duitse wet geen cao is, schrijft voor dat schrijvers tenminste 5-10% moeten ontvangen van elk verkocht boek. Deze overeenkomst is ontstaan door een verandering van de auteurswet (*Urheberrechtsgesetz, UrhG*).¹⁰⁴ Volgens ver.di is er slechts in weinig gevallen een sociale dialoog tussen

¹⁰² Vogel & Dribbusch 2009, p. 10.

¹⁰³ Vogel & Dribbusch 2009, p. 11.

¹⁰⁴ Reinsma, 2006, p. 5-6.

werkgevers en de vakbonden welke zelfstandigen vertegenwoordigen. Daarentegen wordt er wel aan de politiek gevraagd voor meer en duidelijke regels over dit collectief onderhandelen.¹⁰⁵

Oordeel Duitse autoriteiten

In 2007 heeft het BIEK (*Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste*) betoogd dat de algemeenverbindendverklaring tussen een Duitse postwerkgeversorganisatie (*Arbeitgeberverband Postdienste*) met de Duitse vakbond ver.di overeengekomen tariefafspraken in strijd met het Europese mededingingsrecht zijn. Het BIEK overwoog een klacht in te dienen bij de Europese Commissie.¹⁰⁶

Het ging hier om een liberalisering van de Duitse postmarkt waarbij de grootste postwerkgeversorganisatie een cao had afgesloten met ver.di, de vakbond waarvan zowel werknemers als zelfstandigen lid kunnen worden. Uit het Tarifvertrag¹⁰⁷ blijkt dat hieronder zowel werknemers als zelfstandigen in de postsector vallen. Het was de bedoeling dat deze cao algemeen verbindend werd verklaard en zou gelden in de hele postsector. Hierdoor zouden er zowel voor werknemers als voor zelfstandige ondernemers minimumtarieven gelden. Het minimumloon werd onder meer bepleit vanwege de hoge concurrentie in de postmarkt en het beschermen van de werknemers van Deutsche Post AG.¹⁰⁸ BIEK ging hiertegen in protest omdat zij van mening was dat de postwerkgeversorganisatie op deze manier misbruik maakte van haar economische machtspositie en voor iedereen de prijzen zou vastleggen. Omdat de postmarkt lang in handen was geweest van de overheid zouden deze tariefafspraken de marktwerking niet bevorderen maar juist belemmeren. Deze gedachtegang wordt bevestigd door de professoren Kämmerer en Thüsing. Volgens deze professoren zou er geen democratische structuur aanwezig zijn en onvoldoende draagvlak voor een algemeen verbindendverklaring. Daarnaast is er niets geregeld over de terbeschikkingstelling van buitenlanders. Ook is de algemeen verbindend verklaring enerzijds niet bindend voor alle partijen maar worden anderzijds wel veel concurrenten hieronder geschaard. Deze professoren zijn van mening dat er hier sprake is van een schending van het EU-recht, omdat de economische machtspositie misbruikt wordt. Het is opmerkelijk dat hier geen schending van artikel 81 EG wordt betoogd, omdat de cao-uitzondering hier wel van toepassing wordt geacht. Verder menen de professoren dat tariefafspraken in de postsector worden tegengehouden door het Duitse en

¹⁰⁵ Vogel & Dribbusch 2009, p. 12.

¹⁰⁶ Zie Biek fordert: Sozialverträgliche Mindestlöhne statt Marktabschattung, persbericht van 20 september 2007.

¹⁰⁷ Tarifvertrag zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste e.V. und ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft.

¹⁰⁸ Preis & Greiner 2007, p. 1-15.

Europese recht.¹⁰⁹ De mening van deze professoren wordt ook ondersteund door het BIEK, daarentegen zijn er anderen die van mening zijn dat tariefafspraken die algemeen verbindend worden verklaard in de postsector wel toelaatbaar zijn.¹¹⁰

Deze discussie werd in 2007 breed uitgemeten in de politiek. Uiteindelijk ging de algemeen verbindend verklaring van de overeenkomst niet door en moest er opnieuw onderhandeld worden over een cao. Hierna heeft de Duitse regering de overeenkomst wel goedgekeurd, waarna de concurrerende bedrijven in protest gingen. Op 7 maart 2008 heeft de Duitse bestuursrechter deze concurrenten (o.a. TNT Duitsland) in het gelijk gesteld, zodat zij zich niet hoeven te houden aan het bij algemeen verbindend verklaarde cao minimumloon van € 9,80 per uur. De bestuursrechter was van mening dat de minister niet gemachtigd was om deze cao algemeen verbindend te verklaren en dat dit in strijd was met de grondwet.¹¹¹ Daarnaast kon deze cao niet van toepassing zijn op TNT en andere concurrenten, omdat deze al een eigen cao hadden gesloten. De Duitse regering is in beroep gegaan tegen deze uitspraak, waarna de bestuursrechtbank de uitspraak van de bestuursrechter heeft bevestigd. Hierop is de Duitse staat in cassatie gegaan, een uitspraak hiervan is pas in 2010 te verwachten. Vooralsnog geldt de cao, maar worden bij het overtreden van de bepalingen omtrent het minimumloon geen sancties getroffen.¹¹²

2.5.2 Ierland

Collectieve vertegenwoordiging

De grootste vakbond van Ierland, de Diensten Industriële Professionele en Technische Unie (*Services Industrial Professional and Technical Union SIPTU*) vertegenwoordigt veel zelfstandigen in de bouw. Naast de bouw zijn voor zelfstandigen in de media de nationale bond van journalisten (*National Union of Journalists NUJ*) en de Communicatie Bond (*Communication Workers Union, CWU*) actief.

Mogelijkheid om cao's af te sluiten voor zelfstandigen

Onder de huidige Mededingingswet zijn afspraken tussen zelfstandigen waarin tarieven of beloningen worden afgesproken niet geldig. Ook vakbonden welke minimumtarieven willen vaststellen voor

¹⁰⁹ Kämmerer & Thüsing 2007.

¹¹⁰ Zie bijv. Preis & Greiner 2007.

¹¹¹ Zie onder meer:

FocusMoney, Post-Mindestlohn ab Januar, 29 november 2007, Tageschau, Durch Schönheitskorrektur Koalition gerettet?, 1 december 2007, FEM Business, In Memoriam: de vrije Europese postmarkt, 15 december 2007 en FEM Business, Duitse postmarkt liberaliseert beetje bij beetje, 22 maart 2008.

¹¹² Handelsblatt, Debatte um Mindestlohn neu entfacht, 8 maart 2008, TNT Post in Europa, Feiten en ontwikkelingen, Landendossier Duitsland, 2008 p. 5 en TNT Post, Nieuwsbrief, informatie over postale markt en regelgeving, 10 februari 2009, p.1

zelfstandigen kunnen hiervoor aangesproken worden. Met de groei van atypische vormen van arbeid betreuren de vakbonden dat ze op het cruciale punt van betaling van lonen de leden niet kunnen bijstaan. Dit heeft grote effecten voor de vakbonden, welke geregeld al langlopende afspraken met werkgevers hadden over tarieven en beloningen.

Oordeel Ierse mededingingsautoriteit (Competition Authority)

De vraag van mededingingsrecht en zelfstandigen ontstond in 1997, toen de Nationale Kranten Associatie van Ierland (*National Newspapers Association of Ireland, NNAI*) van haar overeenkomst met de NUJ af wilde. In deze overeenkomst waren minimumtarieven beschreven. Na juridisch advies stelde de NNAI dat deze afspraken in strijd met het mededingingsrecht waren. Hoewel de Nationale Mededingingsautoriteit (*Competition Authority*) hier niet bij betrokken was besloot de NNAI zich toch terug te trekken uit de overeenkomst uit angst voor claims.¹¹³

Ook hierna kwam dit vraagstuk telkens weer naar voren, onder andere met de Ierse acteursunie (onderdeel van SIPTU) in relatie met de overeenkomst met het Instituut van Adverterende Beoefenaars in Ierland (*Institute of Advertising Practitioners in Ireland IAPI*) voor vergoedingen voor radio en tv voiceovers.¹¹⁴ De Nationale Mededingingsautoriteit deed een uitspraak in de zaak van Equity en IAPI waarin zij duidelijk aangaf dat prijsafspraken niet getolereerd werden volgens het Ierse mededingingsrecht, vanwege het simpele feit dat ze door een vakbond worden uitgevoerd. Doorslaggevend was de positie van de acteurs welke voor verschillende agenten tegelijkertijd konden werken en in het maatschappelijk verkeer niet werden gezien als werknemers van een agent. Daarnaast kregen zij geen vakantiegeld of soortgelijke voordelen en hadden ze geen bescherming tegen werkloosheid. Verder waren ze vrij om het werk te accepteren of te weigeren. Op grond hiervan oordeelde de Ierse rechter dat zij werden gezien als onafhankelijke zelfstandigen¹¹⁵. Vervolgens hebben de partijen de prijsafspraken ongedaan gemaakt, waarna geen verdere acties zijn overwogen. Ook hebben de partijen hierna een overeenkomst met de mededingingsautoriteit getekend dat zij geen minimumtarieven zullen afspreken. Politiek gezien is deze beslissing nog altijd omstreden. Er gaan veel geluiden op voor een wettelijke regeling maar tot nu toe is deze niet tot stand gekomen en wordt het standpunt gebaseerd op de beschikbare jurisprudentie.¹¹⁶

¹¹³ T. Dobbins, 2009, p. 10.

¹¹⁴ M. Reinsma 2006, p. 9 – 10.

¹¹⁵ Decision No E/04/002 of the Competition Authority, p. 10.

¹¹⁶ T. Dobbins, 2009.

Opvallend is dat de mededingingsautoriteit stelt dat zelfstandige ondernemers zich niet mogen verschuilen achter de bevoegdheid van de vakbond om cao's af te sluiten, ook als er zowel werknemers als zelfstandige ondernemers van deze vakbond lid zijn.¹¹⁷ Hierbij sluit de Competition Authority aan bij het oordeel van de NMa.

2.5.3 Oostenrijk

Collectieve vertegenwoordiging

De WKÖ (*Wirtschaftskammer Österreich*) representeert alle ondernemers met een handelslicentie, ook omdat deze ondernemers verplicht lid moeten zijn van deze organisatie. Deze organisatie is te vergelijken met de Nederlandse Kamer van Koophandel. Daarnaast worden veel zelfstandigen vertegenwoordigd door de Oostenrijkse Vakbonden Federatie (*Österreichischer Gewerkschaftsbund, ÖGB*) en door de Bond van Betaalde Werknemers, Zelfstandigen in de Grafische Sector en Journalisten. (*Gewerkschaft der Privatangestellten – Druck, Journalismus, Papier GPA-DJP*). Deze organisatie heeft ook een speciale organisatie opgesteld voor zelfstandigen: *work@flex*, die de speciale belangen van de economisch afhankelijke zelfstandigen wil behartigen. Ook de Arbeidskamer (*Arbeiterkammer, AK*) vertegenwoordigt bepaalde groepen zelfstandigen.¹¹⁸

Mogelijkheid om cao's af te sluiten voor zelfstandigen

Hoewel collectieve arbeidsovereenkomsten in principe alleen voor werknemers gelden wordt er in Oostenrijk ook voor zelfstandigen actief onderhandeld. Zo werd er in 1999 een cao afgesloten voor journalisten van de dagelijkse kranten door de vakbond voor kunst, media en vrije beroepen (*Gewerkschaft Kunst, Medien, Sport, Freie Berufe, KMSfB*) en het verband voor Oostenrijkse kranten (*Verband Österreichischer Zeitungen, VÖZ*). Deze overeenkomst behelst het betalingsschema, beloning, procedures voor copyright en procedures over de beëindiging van het contract.¹¹⁹ In 2005 was er een soortgelijke overeenkomst over de minimumtarieven voor journalisten wat betreft de vergoeding voor maandelijkse tijdschriften.¹²⁰ Ook in de volwasseneneducatie, welke niet onder de WKÖ valt, is een cao afgesloten tussen een vrijwillige werkgeversorganisaties en twee vakbonden, de GPA en de vakbond voor Commercie, Transport en Verkeer (*Gewerkschaft Handel, Transport, Verkehr, HTV VIDA*) In deze

¹¹⁷ Decision No E/04/002 of the Competition Authority, p. 8.

¹¹⁸ Vogt & Adam 2009, p. 9.

¹¹⁹ Krichmayr 2003, p. 65.

¹²⁰ Vogt & Adam 2009, p. 10.

overeenkomst verplichten partijen elkaar ook om met elkaar te blijven onderhandelen om de economische en sociale situatie van zelfstandigen te verbeteren.¹²¹ Verder zien we de wil om een soortgelijke overeenkomst af te sluiten ook in de Oostenrijkse call centre industrie. Hier is ca. 30% een afhankelijke zelfstandige. De reacties in de call centre industrie zijn erg verschillend en er is dan ook nog geen overeenkomst tot stand gekomen. Veel werkgevers zijn bang dat ze gedwongen worden om deze afhankelijke zelfstandige vast in dienst te nemen, en dreigen met een vertrek naar het buitenland.¹²²

Oordeel nationale overheid

De nationale overheid in Oostenrijk is zich er van bewust dat het aantal zelfstandige ondernemers flink groeiende is. Juist om deze reden laat ze het collectief onderhandelen over bijv. minimumtarieven toe. De overheid en de vakbonden zien graag een grote dekking van collectieve overeenkomsten en onderhandelen daarom ook voor zelfstandigen. Vakbonden realiseren zich dat het zelfstandig ondernemen een trend is die voorlopig wel blijft en waar ze op in moeten spelen. De Oostenrijkse overheid is druk bezig om economisch afhankelijke zelfstandigen meer bescherming te bieden, o.a. door het creëren van een tussenvorm tussen werknemer en zelfstandige in en het stellen van minimumtarieven voor zelfstandigen. De vakbonden proberen als er een groep zelfstandigen opkomt of groeit hier een dekking voor te vinden. Daarnaast willen ze dat zelfstandigen die hetzelfde werk doen als werknemers ook de bescherming van werknemers krijgen. De nationale mededingingsautoriteit (*Wettbewerbsbehörde im BMwA*) heeft zich hier nog niet over uitgesproken en het ligt ook niet in de lijn van verwachting dat dit zal gebeuren.¹²³

2.6 Conclusie

Wat de collectieve vertegenwoordiging betreft, zien we dat zzp'ers in Europa overal en steeds meer vertegenwoordigd worden door vakbonden. Dit gebeurt vooral door vakbonden die ook werknemers vertegenwoordigen. Bijzonder is dat in Oostenrijk zelfstandigen ook vertegenwoordigd worden door een organisatie die te vergelijken is met de Kamer van Koophandel. Hoewel er geen direct verband bestaat tussen de collectieve vertegenwoordiging en de bescherming van zzp'ers is het toch aan te raden de collectiviteit van vakbonden en brancheorganisaties te bevorderen bij de zelfstandigen. Door zich te nog meer te organiseren kunnen ze zichzelf ook politiek op de agenda zetten en zorgen voor een betere

¹²¹ Adam 2005.

¹²² Vogt & Adam 2009.

¹²³ Krichmayr, 2003, p. 65.

bescherming.¹²⁴ Wellicht dat ze op deze manier ook een plek in het politieke proces kunnen krijgen, bijvoorbeeld een plaats in de Sociaal Economische Raad.

Wat de toelaatbaarheid van tariefafspraken in de cao betreft, zien we dat er in Europa nogal verschillend mee wordt omgegaan. Toch lijken de landen die tariefafspraken in de cao verbieden een sterke argumentatie te hebben. Het gaat hier om een overeenkomst tussen ondernemers, waardoor de marktwerking beperkt wordt. De cao wordt over het algemeen niet gezien als een cao, maar heeft slechts de vorm van een cao. In Nederland en in Ierland worden vooral problemen gezien met het kartelverbod, in Duitsland gaat het ook om misbruik van een machtspositie. Hoewel het enigszins opmerkelijk is dat de Wet op de cao en de Wet omtrent de algemeen verbindend verklaring van cao's wel de mogelijkheden bieden om voor zelfstandigen cao's af te sluiten, lijkt de argumentatie van de NMa zeer sterk. Daarnaast is ook de argumentatie dat de vakbond niet moet worden gezien als een onderneming omdat zij sociale en geen economische activiteiten uitvoert mogelijk. Eventueel zou men nog kunnen beargumenteren dat de cao wel onder de cao-uitzondering zou kunnen vallen, maar ook hier heeft de mededingingsautoriteit sterke argumenten. Wel is het opmerkelijk dat dit in Duitsland wel beargumenteerd wordt. Een andere mogelijkheid is om tariefafspraken slechts toe te laten in uitzonderingsgevallen. In Oostenrijk worden tariefafspraken gebruikt om zelfstandigen meer bescherming te bieden. Maar ook hier lijkt de NMa nog niet mee te willen werken. De enige mogelijkheid om hier meer zekerheid over te krijgen is als een soortgelijke zaak voor de Hoge Raad of het Europees Hof uitgeprocedeerd wordt. Helaas is, zeker in Nederland, iedereen afgeschrokken door de reactie van de NMa en zal dit waarschijnlijk nog wel een tijdje duren.

¹²⁴ Schulze Buschoff & Schmidt 2009, p. 158.

Hoofdstuk 3 Het sociale zekerheidsrecht voor zelfstandigen in Europa

Nu uit hoofdstuk twee geconcludeerd kan worden dat minimumtarieven voor zelfstandigen naar alle waarschijnlijkheid niet als een sluitende oplossing kan worden gezien kijken we naar de situatie in Europa en toepasbare oplossingen voor Nederland.

3.1 Trends en cijfers in Europa

De laatste jaren is er in heel Europa een toename van het aantal zelfstandigen te zien. Dit als gevolg van de economische integratie tussen lidstaten en door de globalisatie van netwerken, technologische veranderingen zoals het toenemend gebruik van ICT-toepassingen en de flexibilisering en modernisering van het bedrijfsleven.¹²⁵ Gemiddeld genomen bedraagt het aantal zelfstandigen in de Europese Unie 15%.¹²⁶ In 2004 ging het hier om 29 miljoen zelfstandigen.¹²⁷ Zzp'ers komen in Europa veel voor in traditionele sectoren van de economie, zoals agricultuur, bosbeheer en visserij, detailhandel, ambachten en in vrije beroepen.¹²⁸ Vooral de landbouw speelt een grote rol in landen als Griekenland, Italië en Polen. Als we de landbouw niet meetellen kende Europa in 2004 24 miljoen zelfstandigen.¹²⁹ Het hoogste flexibele arbeidsrelaties, waaronder veel zelfstandigen, is te vinden in Griekenland (35%), gevolgd door Roemenië (34%), Italië (26%), Portugal (25%) en Polen (24%). Het Europees gemiddelde ligt op 17%.¹³⁰

3.2 Rechtsvergelijking betreffende de wettelijke regelingen in Europa

In Europa is de huidige situatie van zelfstandigen wat betreft de sociale zekerheid heel divers. In tenminste twaalf van de Europese lidstaten zijn er voor zelfstandigen voorzieningen getroffen voor pensioen, ziekte of arbeidsongeschiktheid door een wettelijke regeling.¹³¹ Over het algemeen valt het op dat in veel landen de zelfstandige verplicht gesteld wordt om zijn pensioen te verzekeren, terwijl het arbeidsongeschiktheidsrisico in veel minder landen verplicht verzekerd wordt. Achtereenvolgens zal gekeken worden naar Duitsland, Frankrijk, Portugal en Spanje waar zelfstandigen op een bijzondere

¹²⁵ Aerts 2007, p. 31-58.

¹²⁶ Eurostat 2009, percentage of self-employed by sex, age and household composition, data from 2005 – 2007.

¹²⁷ Aerts 2007, p. 9.

¹²⁸ Perdini & Coletto 2009, p. 2.

¹²⁹ Aerts 2007, p. 9.

¹³⁰ Perdini & Coletto 2009, p. 2 - 4.

¹³¹ Perdini & Colleto 2009.

manier beschermd worden. Hiervoor zal het sociale zekerheidssysteem van zelfstandigen bekeken worden, met speciale aandacht voor pensioenopbouw, regelingen bij arbeidsongeschiktheid en verzekeringen voor loonderving door ziekte en/of zwangerschap.

3.2.1 Duitsland

Pensioenopbouw

In Duitsland wordt het ouderdomspensioen, arbeidsongeschiktheidspensioen en nabestaandenpensioen opgebouwd door werknemers en mogen zelfstandigen hier ook op vrijwillige basis aan meedoen. De opbouw van dit gedeelte van het ouderdomspensioen is te vergelijken met de Nederlandse AOW. Alleen ligt de Duitse basisuitkering op een veel hoger niveau dan de Nederlandse waardoor de eerste pijler in Duitsland veel belangrijker is. Werknemers betalen voor de eerste pijler zelf 9,95% van hun maandelijks inkomen boven een bepaalde inkomensgrens, waar de werkgevers ook 9,95% van het inkomen afstaan. Omdat zelfstandigen de bijdrage van werkgevers missen moeten zij zelfstandig 19,9% van het maandelijks inkomen afstaan. Dit geld wordt ook gebruikt voor het arbeidsongeschiktheidspensioen en het nabestaandenpensioen.¹³² In principe biedt de overheid geen hulp bij het opbouwen van de tweede en derde pijler van de pensioenopbouw. Uitzonderingen worden gemaakt voor hulp bij het opstarten van een eigen bedrijf, afhankelijke zelfstandigen welke voornamelijk voor één contractspartij werken en voor traditionele beroepen, zoals boeren en ambachtslieden. Tot slot zijn er nog enkele vrije beroepen die verplicht zijn bij te dragen aan een pensioenopbouwsysteem.¹³³

Niet-werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid

Zelfstandigen in Duitsland kunnen op vrijwillige basis verzekerd zijn voor niet-werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid omdat dit tegelijk met het ouderdomspensioen opgebouwd wordt.¹³⁴ In Duitsland is men volledig arbeidsongeschikt wanneer men niet meer in staat is om meer dan drie uur per dag te werken. Men is gedeeltelijk arbeidsongeschikt als men niet meer in staat is om meer dan zes uur per dag te werken. De uitkering wordt in Duitsland berekend aan de hand van de pensioenopbouw, de pensioenwaarde en de pensioenfactor. Bij volledige arbeidsongeschiktheid bedraagt de pensioenfactor één, bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid bedraagt deze de helft.¹³⁵

¹³² SSA & ISSA 2008, p. 115 - 117.

¹³³ Vogel & Dribbusch 2009, p. 3.

¹³⁴ EIM 1996, p. 26.

¹³⁵ SSA & ISSA 2008, p. 116-117.

Werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid

Zelfstandigen zijn in Duitsland doorgaans niet verzekerd voor werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid. Voor 'traditionele' zelfstandigen zijn er wel diverse uitzonderingen. Zo hebben thuiswerkers, leraren en onderwijzend personeel en verpleegsters en verloskundigen toegang tot alle sociale zekerheidssystemen. Ook is er een speciaal sociaal fonds (*Sozialkassen*) voor ambachtslieden, boeren, artiesten en journalisten. Dit fonds wordt voor een gedeelte door de staat betaald.¹³⁶ Ook wanneer de overheid helpt met het opzetten van een bedrijf hebben deze zelfstandigen toegang tot de werknemersverzekeringen voor invaliditeit door ongelukken. Valt men wel onder dit systeem dan wordt de eerste zes weken 100% van het loon betaald, en daarna 78 weken 80%. Is men blijvend arbeidsongeschikt voor 100% dan wordt daarna een uitkering van 66,67% van het loon betaald. Wanneer er wel sprake is van resterende verdien capaciteit wordt dit verrekend.¹³⁷

Loonderving door ziekte en/of zwangerschap

Zelfstandige ondernemers vallen in Duitsland niet onder het verzekeringssysteem voor werknemers.¹³⁸ Wel heeft de Duitse wetgever in 2007 een wet aangenomen welke er voor zorgt dat zelfstandigen die geen verzekering tegen loonderving door ziekte hebben afgesloten een verplichte verzekering bij de staat moeten afsluiten. Deze wet is ingegaan op 1 januari 2009 en houdt in dat zelfstandigen kunnen kiezen tussen een particuliere verzekering of mee te doen met deze staatsverzekering.¹³⁹ Bij werknemers wordt de bijdrage betaald door de werknemer (7,9%) en de werkgever (7%). Wanneer de zelfstandige zich verzekerd zal hij de volledige bijdrage moeten betalen. (14,9%). De werkgever of verzekeraar moet de eerste zes weken 100% van het loon betalen, en hierna 78 weken 70% van het loon. Bij zwangerschap krijgt de werkneemster van het ziekenfonds zes weken voor, en acht weken na de bevalling 100% van het loon vergoed. Wanneer de werkneemster niet lid is van het ziekenfonds betaalt de overheid een kleine bijdrage van maximaal € 210 per maand. Voor zwangere zelfstandigen subsidieert de overheid de uitkering bij zwangerschap en bevalling.¹⁴⁰

¹³⁶ Vogel & Dribbusch 2009, p. 3 en EIM 1996, p. 19.

¹³⁷ SSA & ISSA 2008, p. 119-121.

¹³⁸ SSA & ISSA 2008, p. 117-119.

¹³⁹ Vogel & Dribbusch 2009, p.3.

¹⁴⁰ SSA & ISSA 2008, p. 117-119.

Conclusie: zelfstandigen in Duitsland

Het Duitse systeem heeft veel weg van het Nederlandse systeem. Wat de pensioenopbouw betreft kan de zelfstandige op vrijwillige basis pensioen op in de eerste pijler opbouwen, vergelijkbaar met de AOW. In principe helpt de overheid niet met de pensioenopbouw voor de tweede en derde pijler, al zijn daar wel enkele uitzonderingen op te vinden. Duitse zelfstandigen zijn standaard verzekerd voor niet-werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid, maar zijn doorgaans niet verzekerd voor werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid. Een uitkering bij zwangerschap wordt gesubsidieerd door de overheid. Wat loonderving door ziekte betreft heeft Duitsland in 2009 een nieuwe wet ingevoerd, die er voor zorgt dat iedere zelfstandige verzekerd moet zijn tegen loonderving door ziekte. Deze verzekering kan particulier of bij de staat worden afgesloten. Duitse zelfstandigen moeten 19,9% van het inkomen bijdragen aan pensioenopbouw en de verzekering tegen niet-werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid. Voor de verzekering tegen loonderving door ziekte moet de zelfstandigen 14% van het inkomen bijdragen. Samengevat lijkt het Duitse systeem veel op het Nederlandse systeem, alleen kennen wij de verplichte verzekering voor loonderving bij ziekte niet en kent het Duitse systeem meer uitzonderingen voor zelfstandigen.

3.2.2 Frankrijk

Pensioenopbouw

Zelfstandigen vallen in Frankrijk niet onder het pensioensysteem voor werknemers maar hebben een apart sociale zekerheidssysteem wat ook arbeidsongeschiktheid en ziekte regelt. Dit systeem heet het ISU (*Interlocuteur Social Unique*), dekt tenminste vier miljoen zelfstandigen en wordt uitgevoerd door RSI (*Régime Social des Indépendants*).¹⁴¹ De premies worden geheven volgens het belastingstelsel. Het pensioen voor zelfstandigen is onder te verdelen in basispensioen en aanvullend pensioen. Voor het basispensioen moet 16,65% van het inkomen tot € 33.276 worden afgestaan. Dit is dus een maximale jaarlijkse bijdrage van ca. € 5500 per jaar. Voor het aanvullend pensioen betalen de ambachtslieden 7% over het inkomen tot € 133.104 en de handelaren en productiemedewerkers 6,5% over het inkomen tot € 909.828. Voor vrije beroepen geldt dat ze 6,5% van het sociale zekerheidsplafond moeten bijdragen (voor 2008: € 33.276) en hier bovenop nog 5,9% (tot € 166.380 voor 2008).¹⁴²

¹⁴¹ Jolivet, Nicot & Deposier 2009, p.2.

¹⁴² Zie de website van de Franse uitvoeringsorganisatie: <http://www.le-rsi.fr>.

Arbeidsongeschiktheid

Ook arbeidsongeschiktheid valt onder het ISU (*Interlocuteur Social Unique*) systeem.¹⁴³ Voor bescherming tegen arbeidsongeschiktheid en overlijden betalen zelfstandige ambachtsslieden 1,8% en handelaren en productiemedewerkers 1,3% van het inkomen tot € 33.276. De bijdrage van zelfstandigen ligt tussen de € 80 en € 600 per jaar. Voor werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid geldt dat men de eerste vier weken 60% van het dagelijkse loon krijgt, na vier weken krijgt men 80% van het dagelijkse loon. Bij permanente arbeidsongeschiktheid krijgt men 100% van het referentieloon. Bij niet-werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid krijgt men een uitkering als men jonger dan 60 jaar is, tweederde van de verdien capaciteit heeft verloren, tenminste twaalf maanden verzekerd is, in de laatste twaalf maanden tenminste 800 uur gewerkt heeft, waarvan 200 uur in de laatste drie maanden.¹⁴⁴ Als de arbeidsongeschikte niet meer in staat is om enige professionele activiteit uit te voeren bedraagt het arbeidsongeschiktheidspensioen 50% van het gemiddelde loon. Is men nog wel in staat tot enige activiteit dan bedraagt het arbeidsongeschiktheidspensioen 30%.¹⁴⁵

Loonderving door ziekte en/of zwangerschap

Ook wat loonderving door ziekte en/of zwangerschap betreft vallen de zelfstandigen onder het ISU (*Interlocuteur Social Unique*) systeem, wat 4 miljoen zelfstandigen een uitkering biedt bij ziekte of zwangerschap. Ook hier geldt dat er schrijvers en zelfstandigen in de landbouw een afwijkend regime geldt.¹⁴⁶ Men heeft recht op een uitkering wegens ziekte voor maximaal zes maanden wanneer men tenminste 200 uur in de laatste drie maanden gewerkt heeft. Voor een uitkering vanaf zes maanden ziekte tot maximaal drie jaar is vereist dat men 800 uur in de laatste twaalf maanden heeft gewerkt, waarvan 200 uur in de laatste drie maanden. De uitkering is 50% van het gemiddelde dagelijks loon en 66,66% als men drie of meer economisch afhankelijke kinderen heeft. Men moet rekening houden met drie wachtdagen. De uitkering ligt tussen de € 8,24 en de € 43,15 per dag.¹⁴⁷ Hiervoor is een bijdrage vereist van 6,5% over het inkomen tot € 33.276. Over het inkomen van € 33.276 tot € 166.380 wordt nog 5,9% bijdrage geheven. De minimale bijdrage voor bescherming tegen loonderving door ziekte en zwangerschap

¹⁴³ Jolivet, Nicot & Deposier 2009, p.2.

¹⁴⁴ Zie de website van de Franse uitvoeringsorganisatie: <http://www.le-rsi.fr>.

¹⁴⁵ SSA & ISSA 2008, p. 105.

¹⁴⁶ Jolivet, Nicot & Deposier 2009, p.2.

¹⁴⁷ SSA & ISSA 2008, p. 107.

bedraagt € 958.¹⁴⁸ Voor een uitkering bij zwangerschap is vereist dat men tenminste 10 maanden heeft bijgedragen en tenminste 200 uur in de laatste drie maanden heeft gewerkt. De uitkering bedraagt 100% van het gemiddelde dagloon in de drie maanden voor ingang van het zwangerschap en wordt voor maximaal 16 weken uitgekeerd. De uitkering per dag ligt tussen de € 8,24 en de € 69,31.¹⁴⁹

Conclusie: zelfstandigen in Frankrijk

In Frankrijk wordt voor zelfstandigen met één integraal verplicht systeem gewerkt, welke zowel voor pensioen, arbeidsongeschiktheid, ziekte en zwangerschap voldoende bescherming biedt. De minimale bijdrage bedraagt ca 33% van het inkomen tot € 33.276 en voor het inkomen daarboven is de bijdrage wat lager (max. 12%). Vanwege de totale dekking en de heffing via het belastingsysteem verschilt dit systeem veel met het Nederlandse en Duitse systeem.

3.2.3 Portugal

Algemeen

Zelfstandigen in Portugal kunnen kiezen voor de verplichte structuur, waarvoor 25,4% van het inkomen moet worden afgestaan en wat een dekking biedt voor zwangerschap, invaliditeit, ouderdom en overlijden, of voor een vrijwillige deelname, waarvoor 32% van het inkomen moet worden afgedragen, maar de verzekerde naast bovengenoemde dekking ook verzekerd is voor loonderving door ziekte, beroepsziektes of ongelukken en familiegerelateerde uitgaven. Zelfstandigen hoeven de eerste twaalf maanden geen bijdrage te doen en wanneer het inkomen lager is dan zes maal het minimumloon is de verplichte structuur optioneel.¹⁵⁰

Pensioenopbouw

Zelfstandigen in Portugal zijn verzekerd van een goede pensioenopbouw omdat dit onder de verplichte deelnamestructuur valt. In principe heeft men recht op het ouderdomspensioen wanneer men de leeftijd van 65 bereikt en tenminste 15 jaar heeft bijgedragen aan het systeem. Het pensioen bedraagt 2% van het maandelijks inkomen per kalenderjaar, met een maximum van 40 jaar. Het pensioen ligt tussen de 30% en 92% van het maandelijks inkomen.¹⁵¹

¹⁴⁸ Zie de website van de Franse uitvoeringsorganisatie: <http://www.le-rsi.fr>.

¹⁴⁹ SSA & ISSA 2008, p. 107.

¹⁵⁰ Cabrita e.a. 2009, p.1 - 4 en Council of Europe 2000, p. 246.

¹⁵¹ SSA & ISSA 2008, p. 251-153 en de website van de Portugese uitvoeringsinstantie : <http://www.seg-social.pt>.

Arbeidsongeschiktheid

Zelfstandigen zijn in Portugal zowel verzekerd voor werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid als voor niet-werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid. Bij werkgerelateerde tijdelijke arbeidsongeschiktheid ontvangt men 70% van het dagelijkse loon de eerste twaalf maanden. Hierna ontvangt men 75% van het loon. Bij werkgerelateerde gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid ontvangt men 70% van de verloren verdien capaciteit, indien deze groter is dan 30%. Bij werkgerelateerde blijvende arbeidsongeschiktheid ontvangt men 50-70% van het loon, afhankelijk van de mate van arbeidsongeschiktheid. Bij werkgerelateerde volledige permanente arbeidsongeschiktheid krijgt men 80% van het loon, waarbij een aanvulling van 10% mogelijk is voor afhankelijke kinderen of echtgenoot. Ook hier bedraagt de opbouw 2% van het gemiddelde salaris per jaar en ligt het arbeidsongeschiktheidspensioen tussen de 30% en 92% van het maandelijks inkomen. Het arbeidsongeschiktheidspensioen wordt dan verrekend met de verdien capaciteit.¹⁵²

Loonderving door ziekte en/of zwangerschap

De uitkering bij zwangerschap en bevalling valt onder het verplichte systeem van zelfstandigen, waarvoor een bijdrage van 25,4% van het inkomen wordt betaald. De uitkering bij ziekte valt echter niet onder het verplichte systeem, maar onder het vrijwillige systeem waarvoor een bijdrage van 33,4% wordt betaald. De zelfstandige in Portugal is dus niet standaard verzekerd voor ziekte, maar kan hier wel voor kiezen. De zelfstandige heeft 30 wachtdagen, hierna ontvangt men van de 30^e tot de 90^e dag ook 65% van de gemiddelde dagelijkse winst. Van de 90^e tot de 365^e dag ontvangt men 70% van de gemiddelde dagelijkse inkomsten. Voor zelfstandigen is de maximale uitkeringsduur 365 dagen.¹⁵³ Om aanspraak te kunnen maken op een uitkering bij zwangerschap moet men een bijdrage hebben geleverd in de laatste zes maanden. De uitkering bedraagt 100% van de dagelijkse inkomsten gedurende 120 dagen. Men kan ook kiezen voor 150 dagen 80% van de dagelijkse inkomsten, waarbij de dertig extra dagen na de bevalling worden opgenomen. De minimale uitkering is 50% van het referentiebedrag. Voor zwangere vrouwen die blootgesteld worden aan gezondheidsrisico's of 's nachts moeten werken is er een extra uitkering van 65% van de dagelijkse ontvangsten.¹⁵⁴

¹⁵² SSA & ISSA 2008, p. 252 en de website van de Portugese uitvoeringsinstantie : <http://www.seg-social.pt>.

¹⁵³ Cabrita e.a. 2009 p. 3. en SSA & ISSA 2008, p. 253 – 254.

¹⁵⁴ SSA & ISSA 2008, p. 255-256.

Conclusie: zelfstandigen in Portugal

Het Portugese systeem lijkt wel op het Franse systeem alleen hebben de zelfstandigen in Portugal meer keuzevrijheid. Zij kunnen namelijk kiezen voor een standaard systeem waarbij ze voor een bijdrage van 25,4% van het inkomen verzekerd zijn voor een goede pensioenopbouw, een uitkering bij arbeidsongeschiktheid en zwangerschap, of voor een uitgebreid systeem waarbij ze voor een bijdrage van 32% van het inkomen ook verzekerd zijn tegen loonderving door ziekte, beroepsziekten en ongelukken. Het Portugese systeem kent ook veel verschillen met het Nederlandse systeem, zoals de verplichte verzekering tegen arbeidsongeschiktheid en de optionele, door de staat geregelde, verzekering tegen (beroeps)ziekte en ongelukken.

3.2.4 Spanje

Algemeen

In Spanje wordt de sociale zekerheid voor zelfstandigen gevormd door een speciaal systeem voor zelfstandigen (*Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos*) en het recent afgesloten Zelfstandigen Statuut (*Estatuto del Trabajador Autónomo*). Dit statuut brengt een uitgebreid en systematisch kader waaronder veel aspecten van het zelfstandig ondernemerschap vallen, zoals uitkeringen bij ziekte, een uitkering bij het stopzetten van het bedrijf en een duidelijke afbakening tussen de werknemers en zelfstandigen.¹⁵⁵ De bijdrage voor zelfstandigen ligt tussen de € 833,40 en de € 3.166,20 per jaar.¹⁵⁶

Pensioenopbouw

Zelfstandigen vallen onder het speciaal systeem voor zelfstandigen, waarvoor tussen de 26,5% - 29,8% van de inkomsten moet worden afgedragen.¹⁵⁷ Het ouderdomspensioen bedraagt 50% van het inkomen in de laatste 180 maanden : 210. Hier komt nog een aanvulling van 3% bij voor ieder jaar van opbouw van 16-25 jaar en 2% voor ieder jaar van opbouw vanaf het 25^e jaar, tot een maximum van 100%. Ook moet nog voldaan worden aan een middelentest.¹⁵⁸

Niet werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid

Op grond van de bijdrage aan het sociale zekerheidssysteem zijn zelfstandigen ook verzekerd voor niet werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid. Ook hiervoor moet men voldoen aan de bovengenoemde

¹⁵⁵ Corral & Villarejo 2009, p. 1 – 2.

¹⁵⁶ Zie de website van de Spaanse uitvoeringsorganisatie Seguridad Social (www.seg-social.es)

¹⁵⁷ Council of Europe 2000, p. 252-253.

¹⁵⁸ SSA & ISSA 2008, p. 296 – 299.

middelentest. De minimale uitkering is € 528,55 en € 658,75 voor arbeidsongeschikten met een afhankelijke echtgenoot. Bij tijdelijke gedeeltelijke arbeidsongeschikt heeft men recht op aanvulling van het dagelijks loon voor een periode van 24 maanden. Men moet dan wel tenminste 33% van de verdien capaciteit hebben verloren.¹⁵⁹

Werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid

Zelfstandigen zijn niet standaard verzekerd voor werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid. Wel kunnen ze op vrijwillige basis deelnemen aan het verzekeringssysteem voor werknemers. De opbouw is afhankelijk van de risico's maar bedraagt voor de werkgever en zelfstandige tussen de 0,81% en de 16,2% van de inkomsten van de werknemer. De gemiddelde betaling bedraagt 1,98% van de maandelijkse inkomsten. De uitkering bedraagt 75% van het dagelijks inkomen in het laatste jaar voor de arbeidsongeschiktheid, tot maximaal twaalf maanden. Bij blijvende arbeidsongeschiktheid wordt 100% van de inkomsten betaald. Ook hier geldt een middelentest.¹⁶⁰

Loonderving door ziekte en/of zwangerschap

Zelfstandigen kunnen op grond van het Zelfstandigen Statuut een uitkering krijgen bij kortdurende ziekte.¹⁶¹ Verder zijn zelfstandigen verplicht een verzekering tegen langdurende ziekte en kortdurende arbeidsongeschiktheid te hebben. Op grond van deze verzekering heeft men eerst drie wachtwagen, vervolgens heeft men 20 dagen recht op 60% van het dagelijks loon en van de 20^e tot de 365^e dag recht op 75% van het dagelijkse loon. Zelfstandigen zijn wel volgens het aparte systeem voor zelfstandigen verzekerd van een uitkering bij zwangerschap. Deze uitkering bedraagt 100% van de inkomsten en wordt uitgekeerd voor 16 weken.¹⁶²

Conclusie: zelfstandigen in Spanje

In Spanje is de situatie voor zelfstandigen weer wat meer verwarrend, omdat er een speciaal systeem is voor zelfstandigen en het recent afgesloten Zelfstandigen Statuut. Voor de speciale systeem voor zelfstandigen moet minstens 26,5% van de inkomsten worden afgedragen. Hiervoor wordt in de meeste gevallen wel een goed pensioen opgebouwd en zijn ze verzekerd tegen niet-werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid en krijgen ze een uitkering bij zwangerschap. Op grond van het Zelfstandigen

¹⁵⁹ SSA & ISSA 2008, p. 297 – 298 en de website van de Spaanse uitvoeringsorganisatie Seguridad Social. (www.seg-social.es)

¹⁶⁰ SSA & ISSA 2008, p. 301 – 302 en de website van de Spaanse uitvoeringsorganisatie Seguridad Social. (www.seg-social.es)

¹⁶¹ Corral & Villarejo 2009, p. 1 – 2.

¹⁶² SSA & ISSA 2008, p. 299 – 301.

Statuut kunnen ze ook een uitkering krijgen bij kortdurende ziekte. Tot slot kunnen zelfstandigen vrijwillig deelnemen aan een verzekering voor werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid, waarvoor ze een gemiddeld 2% van de inkomsten moeten bijdragen. Ook het Spaanse systeem kent veel verschillen met het Nederlandse systeem, onder meer omdat er wederom wordt gewerkt met een totaalsysteem en het statuut zelfs een uitkering bij kortdurende ziekte biedt.

3.3 *Conclusie rechtsvergelijking en toepassing op Nederland*

In totaal komen wettelijke regelingen voor zelfstandigen voor de sociale risico's ouderdom, ziekte en arbeidsongeschiktheid in tenminste twaalf lidstaten voor. In Duitsland, Frankrijk, Portugal en Spanje zijn ze zelfs uitvoerig geregeld. Van deze landen kent Frankrijk het meest afgescheiden systeem, waarbij zelfstandigen verplicht verzekerd zijn tegen ouderdom, loonderving door ziekte en arbeidsongeschiktheid, en niet onder de systemen voor werknemers vallen. Dit systeem zou in Nederland ook mogelijk zijn en zorgt voor een goede bescherming van zelfstandigen. Een nadeel van dit systeem is dat alles verplicht wordt opgelegd en er voor zelfstandigen geen keuzevrijheid is.

In Portugal is er ook een vrij compleet systeem met twee verschillende keuzemogelijkheden. Op deze manier kunnen zelfstandigen kiezen of ze ook voor loonderving door ziekte verzekerd willen zijn. Ze zijn verplicht verzekerd voor invaliditeit en een goed pensioen. Het voordeel van dit systeem is de keuzevrijheid tussen de twee systemen. Door het verplichte basissysteem zijn veel zelfstandigen verzekerd tegen verschillende sociale risico's, het verplichte karakter kan echter ook als een nadeel worden gezien.

Ook Spanje kent een apart verzekeringssysteem voor zelfstandigen wat sinds kort wordt aangevuld door het Zelfstandigen Statuut. Hierdoor kent ook Spanje veel zelfstandigen die verplicht voor veel sociale risico's verzekerd zijn. Zelfstandigen zijn in Spanje niet verzekerd voor werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid, maar kunnen wel op vrijwillige basis dit risico verzekeren. Ook in Spanje zien we dat de verplichte deelname voor een hoge beschermingsgraad zorgt, maar tegelijkertijd weinig keuzevrijheid en eigen verantwoordelijkheid overlaat voor de zelfstandige.

Tot slot volgt Duitsland waar het systeem voor de zelfstandigen nog het meest lijkt op het Nederlandse systeem. In beiden landen kan de zelfstandige veel risico's op vrijwillige basis verzekeren maar zijn er weinig verplichtingen. Wel zijn er ook enkele verschillen tussen beide landen. In Duitsland moeten zelfstandigen sinds kort verplicht verzekerd zijn tegen loonderving door ziekte, in Nederland kennen we deze verplichting niet. Echter in Nederland is iedereen verzekerd van een staatspensioen (AOW) terwijl in Duitsland zelfstandigen op vrijwillige basis hier aan mee kunnen doen. Beiden landen kennen veel

keuzevrijheid en eigen verantwoordelijkheid maar als consequentie hiervan is de bescherming van zelfstandigen niet al te hoog.

Als we bovenstaande mogelijkheden analyseren zien we dat er verschillende mogelijkheden zijn. Een eerste mogelijkheid is een totaalsysteem voor de risico's ziekte, arbeidsongeschiktheid en ouderdom, zoals in Frankrijk en in mindere mate in Spanje voorkomt. Bij deze mogelijkheid kan nog gekozen worden voor verschillende systemen om de keuzevrijheid te bevorderen, zoals in Portugal.

Een andere mogelijkheid is een verplicht systeem voor één sociaal risico, zoals Duitsland een verplichting heeft om tegen loonderving door ziekte verzekerd te zijn. Hierbij kan een bepaalde verzekering verplicht gesteld worden, maar kan ook slechts het verzekerd zijn verplicht gesteld zijn. Het voordeel is dat er zo gefocust kan worden op een specifiek sociaal risico en dat alle zelfstandigen hiervoor verzekerd zijn. Het nadeel is wederom het gebrek aan keuzevrijheid of maatwerk.

Tot slot is het ook mogelijk om, zoals in veel gevallen in Nederland en Duitsland gebeurt, enkel de mogelijkheid te bieden voor zelfstandigen om zich op vrijwillige basis voor risico's te verzekeren. Dit biedt zelfstandigen veel keuzevrijheid en eigen verantwoordelijkheid. Een nadeel is, naast de lage beschermingsgraad, dat men afhankelijk is van de verzekeringssector.

In hoofdstuk vier wordt er verder ingegaan op bovenstaande mogelijkheden om in Nederland meer bescherming te bieden voor zelfstandigen zonder personeel.

Hoofdstuk 4 Conclusies en aanbevelingen

Zoals beschreven in hoofdstuk één zijn er in Nederland steeds meer zelfstandigen en is de verwachting dat dit in de toekomst alleen nog zal gaan toenemen. Daarnaast zijn er grote verschillen in de arbeidsrechtelijke en sociale zekerheidsbehandeling van zelfstandigen en werknemers. Over het algemeen worden zelfstandigen minder goed beschermd, en uit zich dit vooral in een minder goede pensioenopbouw, minder bescherming bij arbeidsongeschiktheid en weinig bescherming bij loonderving door ziekte. In dit afsluitende hoofdstuk zal de volgende probleemstelling beantwoord worden:

Welke mogelijkheden zijn er om een wettelijke of collectieve regeling te treffen voor betere bescherming van zzp'ers bij pensioen, arbeidsongeschiktheid en ziekte?

Allereerst zal er gekeken worden de mogelijkheid om via de cao minimumtarieven af te spreken. Vervolgens zal er nog gekeken worden naar andere oplossingen die zelfstandigen voorzieningen bieden voor pensioen, arbeidsongeschiktheid en ziekte.

4.1 Conclusies betreffende de collectieve vertegenwoordiging en minimumtarieven

Wanneer zelfstandige ondernemers onder een cao vallen waarin minimumtarieven worden bepaald, kunnen ze doorgaans een hogere beloning vragen waardoor ze meer geld overhouden om zelfstandig voorzieningen te treffen voor het pensioen, arbeidsongeschikt en ziekte. Echter, het is nog niet helemaal helder of deze minimumtarieven niet in strijd zijn met de mededingingswet. In deze paragraaf zal een conclusie worden getrokken over de toelaatbaarheid van minimumtarieven in de cao en de redenering van de Nederlandse Mededingingsautoriteit over dit onderwerp.

In zowel in de Wet op de cao als in de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten zijn artikelen te vinden waarin beide wetten mogelijkheden bieden om bepalingen – omtrent arbeidsvoorwaarden - voor aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht in de cao vast te leggen. Dit betekent dat zelfstandigen onder een cao kunnen vallen, maar ook zelf een cao kunnen afsluiten. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze artikelen zijn opgenomen om te voorkomen dat cao-bepalingen door zelfstandigen ontweken konden worden. Er werd bijvoorbeeld gedacht aan een uurtarief voor accountants. Wanneer zelfstandigen cao's kunnen afsluiten zou het echter logisch zijn wanneer hier ook bepalingen over de beloning in worden opgenomen. Op grond hiervan zouden minimumtarieven in cao's mogelijk moeten zijn.

Echter, eind 2007 werden minimumtarieven afgesproken in een cao voor zelfstandige musici en in reactie daarop heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit aangegeven minimumtarieven in een cao voor zelfstandigen in strijd te achten met het Nederlands en Europees mededingingsrecht.

4.1.1 Redenatie NMa

De NMa ziet deze minimumtarieven als een kartel en stelt onder andere vast dat het hier gaat om een merkbare beperking van de mededinging. Bovendien gaat het hier om horizontale prijsafspraken, welke in principe streng verboden zijn en waarvoor zelden uitzonderingen worden gemaakt. Ook stelt de mededingingsautoriteit dat de uitzondering genoemd in artikel 6 Mededingingswet lid 3 en artikel 81 lid 3 van het EG verdrag niet van toepassing is. Ook dat is logisch want aan deze uitzondering zijn strenge eisen verbonden waar aan de tariefafspraken niet voldoen. Hiervoor moeten de tariefafspraken onder meer ten goede komen aan de gebruiker en bijdragen aan de productie of de technische of economische vooruitgang. Omdat dit zeer strikt bekeken wordt is dat hier niet van toepassing.

4.1.2. Vakbond of ondernemersvereniging?

Er zijn echter nog wel enkele punten in de redenering van de NMa die te betwisten zijn. Zo stelt de mededingingsautoriteit dat op het moment dat een vakbond optreedt voor ondernemers de vakbond als een ondernemersvereniging gezien kan worden. Het is hiervoor wel vereist dat de ondernemers lid zijn van de vakbond, maar van deze vakbond mogen ook werknemers lid zijn. Ook dan is de vakbond die voor ondernemers optreedt een ondernemersvereniging. Hier is tegen in te brengen dat het Europees Hof in de arresten *Albany*, *Brentjens en Drijvende Bokken*¹⁶³ een soort uitzondering voor vakbonden heeft vastgesteld. Wanneer vakbonden zich bezig houden met sociale activiteiten, worden ze volgens het Hof niet als ondernemersvereniging beschouwd. Ook in de literatuur is men het hier nog niet over eens. Zo stelt von Wallwitz¹⁶⁴ dat vakbonden wel als ondernemingen beschouwd worden, stelt Bloemarts¹⁶⁵ dat vakbonden niet als ondernemingen beschouwd moeten worden en pleiten Wirtz¹⁶⁶ en Mortelmans¹⁶⁷ voor de splitsingstheorie. Deze theorie houdt in dat een vakbond geen ondernemer is zolang hij zich bezighoudt met sociale activiteiten, zodra de vakbond zich op de goederen- of dienstenmarkt gaat begeven wordt ze wel als onderneming gezien. Als de splitsingstheorie toegepast zou worden zou men kunnen concluderen dat het afsluiten van cao's als een sociale bezigheid kan worden gezien. Echter,

¹⁶³ HvJ EG 21 september 1999 C 67/96 (*Albany*), gevoegde zaken C 115/97, 116/97, 117/97 (*Brentjens*) en C 219/97 (*Drijvende Bokken*) en de gevoegde conclusie van AG Jacobs van 28 januari 1999, *Jur.* 1999 p 1 – 5751.

¹⁶⁴ Von Wallwitz 1997, p. 151.

¹⁶⁵ Bloemarts 2000 p. 161.

¹⁶⁶ Wirtz 2006, p. 271.

¹⁶⁷ Mortelmans 1998, p. 252.

enkele van de onderhandelingspartijen bieden ook bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheidsverzekeringen voor zelfstandigen aan en bevinden zich hierdoor wel op de goederen en dienstenmarkt.

4.1.3 De cao-uitzondering

Een ander twistpunt is of men in dit geval een beroep kan doen op de uitzondering voor cao's. Zoals beschreven in paragraaf 3.1.4.3 staat in de parlementaire stukken dat het kartelverbod niet van toepassing is op cao's. Bij dit punt stelt de mededingingsautoriteit dat een cao voor zelfstandigen niet gezien kan worden als een collectieve overeenkomst zoals in de parlementaire behandeling bedoeld is. Doordat een cao gesloten wordt tussen ondernemersverenigingen en werkgevers is er geen sprake van onderhandelingen door een vakbond en is dus de aard van de cao veranderd. Omdat de aard van de cao is veranderd is de NMa van mening dat de overeenkomst niet onder de uitzondering voor cao's kan vallen. Deze uitzondering komt ook uit het arrest *Albany, Brentjens en Drijvende Bokken* en wordt bevestigd in het *Pavlov-arrest*.¹⁶⁸

In *Albany, Brentjens en Drijvende Bokken* ging het om de oprichting van een bedrijfstakpensioenfonds welke algemeen verbindend verklaard moest worden. Het Europees Hof van Justitie was van mening dat wanneer de sociale partners de werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden willen verbeteren zij niet belemmerd mogen worden door artikel 81 lid 1 EG. Om deze reden werd een uitzondering voor sociale partners ontwikkeld. Hiervoor is vereist dat het gaat om een cao die gesloten is tussen sociale partners en als doelstelling heeft om de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers te verbeteren. De cao moet het resultaat zijn van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers(organisaties) en werknemersorganisaties. Ook moet de overeenkomst rechtvaardigen dat deze buiten de werkingssfeer van het kartelverbod valt. Tot slot moet de cao als doel hebben om rechtstreeks bij te dragen aan de verbetering van arbeidsvoorwaarden van werknemers.

In het *Pavlov-arrest* werd vervolgens bepaald dat de betreffende beroepspensioenregeling niet aan bovengenoemde voorwaarden voldeed, omdat de regeling geen resultaat was van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers(organisaties) en werknemersorganisaties. Daarnaast stelde het Europees Hof van Justitie ook dat er in het EG-Verdrag geen bepalingen staan die beoefenaren van vrije beroepen aanmoedigen om dergelijke overeenkomsten te sluiten.

¹⁶⁸ HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-184/98 Jur. 2000 p. 1 – 6451 (Pavlov)

Wat betreft een cao voor zelfstandigen moet het gaan om een collectieve overeenkomst afgesloten door organisaties van werkgevers en werknemers. Wanneer de cao is afgesloten door een ondernemersvereniging waarvan alleen ondernemers lid zijn, kan deze overeenkomst niet beschouwd worden als een cao. Bovendien stelt de Nederlandse Mededingingsautoriteit dat wanneer zelfstandigen ook onder een cao vallen, de aard van de cao hierdoor verandert. In de meeste gevallen gaat de cao over loon, vakantie en andere arbeidsgerelateerde onderwerpen, maar wanneer zelfstandigen een cao afsluiten gaat het meer over tarieven, werkafspraken en andere zakelijke onderwerpen. De cao lijkt hierdoor meer op een overeenkomst van opdracht of een overeenkomst tot aanneming van werk. Deze redenering komt ook terug in het arrest *FNDBV & FNSEA*¹⁶⁹ waar een overeenkomst tussen veehandelaren niet onder de cao-uitzondering valt omdat de veehandelaren worden gezien als ondernemingen en er dus sprake was van een interprofessioneel akkoord en niet van een cao.

Vegter¹⁷⁰ stelt dat minimumtarieven voor de zzp'er ook in het belang van de werknemer zou kunnen zijn. Hierdoor zou de aard van de cao dus niet veranderen en zouden de tariefafspraken wel onder de cao-uitzondering vallen. De Nederlandse Mededingingsautoriteit deelt deze mening echter niet. Ook voor uitzonderingen voor zzp'ers in bepaalde bedrijfstakken is voorlopig nog geen plaats.

4.1.4 Rechtsvergelijking

Nu duidelijk is hoe de Nederlandse mededingingsautoriteit er over denkt is het ook interessant om eens kort stil te staan naar de rechtsvergelijking in paragraaf 2.5. Hier werd bekeken of andere lidstaten minimumtarieven voor zelfstandigen in de cao toestaan of afwijzen. Het gaat hier tenslotte om Europese mededingingsregels, waar iedere lidstaat weer verschillend mee omgaat. In minstens tien van de Europese lidstaten worden cao's afgesloten waarin bodemtarieven vermeld staan. In Oostenrijk kunnen deze cao's zelfs algemeen verbindend worden verklaard. Tariefafspraken worden in Oostenrijk getolereerd omdat men beseft dat de arbeidsrelaties aan het veranderen zijn en men ook de afhankelijke zelfstandige ondernemer wil beschermen. Daarentegen is het in Ierland strikt verboden om minimumprijzen af te spreken in een cao. Ook in Duitsland zijn recent problemen ontstaan in de postsector. Hoewel hier meer nadruk werd gelegd op een misbruik van machtspositie, kwamen wetenschappers ook tot de conclusie dat hier geen sprake was van kartelvorming omdat de cao onder de cao-uitzondering zou vallen. Hierbij moet wel vermeld worden dat het hier ging om een cao waar vooral veel werknemers onder zouden vallen en er

¹⁶⁹ GvEA EG gevoegde zaken T-217 en 245/03 (FNDBV & FNSEA)

¹⁷⁰ Vegter, 2008.

in Duitsland geen wettelijk minimumloon is, maar dat dit per cao wordt geregeld. Overigens is de algemeen verbindend verklaring van deze cao later door de bestuursrechter teruggedraaid en zal in 2010 nog een nadere beslissing van het hoogste Duitse rechtsorgaan volgen of deze overeenkomst en de algemeen verbindend verklaring rechtsgeldig is.

4.1.5 De collectieve vertegenwoordiging

Hoewel we moeten concluderen dat het afspreken van minimumtarieven voor zelfstandigen door middel van een cao naar alle waarschijnlijkheid niet in veel gevallen toelaatbaar is, kan er ook geconcludeerd worden dat steeds meer zelfstandigen zonder personeel, in verschillende landen in Europa collectief vertegenwoordigd worden door vakbonden en andere branche-organisaties. In Nederland worden deze zelfstandigen onder meer vertegenwoordigd door de vakbonden CNV en FNV en door vele brancheorganisaties. Hierdoor kunnen zelfstandigen zorgen dat de bescherming en gewenste zekerheid op de politieke agenda komen te staan. Natuurlijk kan deze collectieve vertegenwoordiging zich nog op verschillende fronten ontwikkelen. Zelfstandigen moeten zich meer bewust worden van de voordelen van je organiseren. Wellicht dat een plek in de Sociaal Economische Raad dan in de toekomst mogelijk wordt, zodat zelfstandigen zonder personeel zich nog beter kunnen mengen in het politieke proces.

4.1.6 Eindconclusie

We kunnen dus stellen dat er een uitzondering voor cao's is, maar dat het geen uitgemaakte zaak is of minimumtarieven voor zelfstandigen hier ook onder vallen. In de arresten *Albany*, *Brentjens en Drijvende Bokken* zijn hiervoor vrij strikte criteria opgesteld, waar de cao voor zelfstandigen niet zomaar aan zal voldoen. Ook staan er in het EG-Verdrag weinig bepalingen over zelfstandigen en dergelijke overeenkomsten. Het lijkt erop dat het Europees Hof van Justitie zich vrij strikt aan deze criteria houdt. Toch wil dit niet zeggen dat het onmogelijk is voor een cao met minimumtarieven om onder de cao-uitzondering te vallen. Wanneer het gaat om een cao die niet alleen voor zelfstandigen maar ook voor werknemers geldt en de arbeidsvoorwaarden of de werkgelegenheidsvoorwaarden van de werknemers verbetert zou deze best onder de cao-uitzondering kunnen vallen. Bijvoorbeeld wanneer deze cao is afgesloten door een vakbond waar ook zelfstandigen lid van kunnen worden. Zo'n cao vonden we bijvoorbeeld in Duitsland, toen er tariefafspraken voor de Duitse postsector werden overeengekomen. Ook hier werd beargumenteerd dat deze cao onder de cao-uitzondering zou vallen. Echter, dit is slechts een uitzonderingsgeval, in de meeste gevallen staat de mededingingsautoriteit sterk in haar redenering dat een cao voor zelfstandigen niet onder de cao-uitzondering valt. Dit betekent dus dat ik minimumtarieven in cao's waaronder zelfstandigen vallen niet zou aanraden, hoewel niet voor honderd procent zeker staat dat deze niet toegestaan zijn. Voor meer zekerheid is een uitspraak van de Europese rechter vereist.

4.2 *Andere oplossingen voor een betere bescherming van zzp'ers*

Nu we hebben gezien dat minimumtarieven via cao's voor zelfstandigen voorlopig nog geen oplossing bieden voor de slecht beschermde zelfstandigen zonder personeel zal er gekeken worden naar mogelijkheden voor andere oplossingen. Na een visie op de lange termijn zullen de veelvoorkomende oplossingen behandeld worden, waarna er aanbevelingen volgen.

4.2.1 Brede visie op de lange termijn: hervorming van het sociale zekerheidssysteem

In de afgelopen jaren is een trend te zien naar meer ondernemerschap, maar ook in het algemeen naar meer flexibele arbeidsrelaties. Een werknemer – werkgeverrelatie is niet meer zo vanzelfsprekend als vroeger en naar verwachting zal dit in de toekomst alleen nog meer afnemen en komen er steeds meer zelfstandigen, freelancers, uitzendkrachten en andere flexibele vormen van arbeid. Op lange termijn zal er steeds meer gewerkt worden met het concept van flexicurity, waarbij flexibiliteit en zekerheid gecombineerd worden.¹⁷¹ Ons sociale zekerheidssysteem zal wellicht moeten gelden voor alle ingezetenen, in plaats van voor alleen werknemers.¹⁷² Echter, een hervorming van het sociale zekerheidssysteem zorgt voor veel praktische problemen en ligt politiek gezien zeer gevoelig. Ook is het nog niet zeker of deze trend van flexibilisering zich ook na de kredietcrisis voortzet of er na de crisis juist meer vaste arbeidsrelaties ontstaan. Vooralsnog zal daar eerst meer onderzoek naar moeten worden verricht en zal de bescherming van zelfstandigen zonder personeel voorlopig op andere manieren verbeterd worden.

4.2.2 Oplossingen uit de rechtsvergelijking

Zoals hierboven beschreven gaat er op korte termijn waarschijnlijk geen hervorming van het sociale zekerheidssysteem plaatsvinden en zullen de zzp'ers op andere manieren beschermd moeten worden. Uit de rechtsvergelijking komen twee mogelijkheden namelijk een integraal verplicht systeem of verplichte basisverzekeringen op deelgebieden.

1. *Eén integraal verplicht systeem (maximale bescherming voor zelfstandigen, minimale vrijheid)*

Zoals beschreven in hoofdstuk drie kan er gekozen worden voor één integraal systeem zoals met name in Frankrijk en in mindere mate in Spanje en Portugal het geval is. Uit het rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat zelfstandigen hiervoor doorgaans ca. 30% van het inkomen afdragen. Het voordeel van dit

¹⁷¹ Van Empel 2009, p. 19.

¹⁷² Zie Stevens 2001 p. 102, maar ook Perulli 2003, p. 114 – 119 en Supiot 1999, p. 36 – 37.

systeem is dat alle zelfstandigen voor veel sociale risico's zijn verzekerd, een nadeel van het systeem is dat zelfstandigen hierin geen vrijheid hebben en dat er weinig ruimte is voor flexibiliteit.

2. *Verplichte basisverzekeringen op deelgebieden (maximale bescherming – minimale vrijheid)*

Naast een totaalsysteem kan er ook gekozen worden voor verplichte verzekeringen op het gebied van ziekte, arbeidsongeschiktheid of pensioen, waarvan we in hoofdstuk drie een voorbeeld hebben gezien in Duitsland. Met name voor een verplichte verzekering tegen arbeidsongeschiktheid wordt vaak gepleit in de politiek. Recent heeft men besloten hier toch van af te zien, vanwege de vrijheid en eigen verantwoordelijkheid van de ondernemer.¹⁷³ Ook wat pensioen betreft wordt vaak de vergelijking getrokken met de verplichting om voor ziektekosten verzekerd te zijn. Men denkt dan een verplichting om verzekerd te zijn van een basispensioen, waarbij men zelf kan kiezen bij welke verzekeraar.¹⁷⁴ Ook een verplicht gesteld pensioenfonds voor zzp'ers valt in deze categorie. Door het pensioenfonds verplicht te stellen is men verzekerd van solidariteit.¹⁷⁵ Echter, het verplichte karakter druist in tegen de vrijheid en flexibiliteit van de zelfstandige.

4.2.3 Overige oplossingen

Naast deze voorbeelden uit de rechtsvergelijking kan er ook gekozen worden voor andere opties, namelijk niet-verplichte basisverzekeringen op deelgebieden of voor betere informatie, advies en communicatie.

Niet-verplichte basisverzekeringen op deelgebieden (redelijke bescherming en vrijheid)

Zelfstandigen pleiten regelmatig voor niet-verplichte basisverzekeringen voor arbeidsongeschiktheid en basispensioen. Ook hier vragen zelfstandigen om flexibiliteit en maatwerk, door een flexibele premie, mogelijkheid van aanvullende stortingen en een geleidelijke uitkeringsfase (bijvoorbeeld bij pensioen). Wat het zzp-pensioenfonds betreft kan ook worden gekozen voor een niet-verplichte variant. Om te zorgen voor voldoende solidariteit zou men een pensioenfonds kunnen oprichten waarbij men automatisch ingeschreven wordt (bijvoorbeeld via de inschrijving bij de Kamer van Koophandel), maar waar wel een mogelijkheid is om uit te schrijven. Hierdoor wordt de zelfstandigen toch nog een stukje vrijheid geboden.¹⁷⁶ Een alternatief voor het pensioenfonds is een niet-verplichte onderlinge waarborgmaatschappij. Hierbij kan iedere zzp'er zijn eigen pensioen opbouwen, wat veel flexibiliteit

¹⁷³ Businesscomplete, Geen verplichte verzekering voor zelfstandigen, 10 november 2008.

¹⁷⁴ Van der Lecq & Oermeans 2009, p. 18.

¹⁷⁵ Van der Lecq & Oerlemans 2009, Nods 2006 en M. Sanderse 2007.

¹⁷⁶ Nods 2006 en Van der Lecq & Oerlemans 2009, p. 11 – 13.

biedt.¹⁷⁷ Bij beide vormen moeten pensioenregelingen voor zzp'ers worden aangepast op de wensen van deze groep, bijvoorbeeld flexibiliteit in de premie, mogelijkheid van aanvullende stortingen en een geleidelijke uitkeringsfase.

Betere informatie, advies en communicatie (minimale bescherming – maximale vrijheid)

Als laatste nog het scenario waarbij meer wordt geïnvesteerd in informatie, advies en communicatie. Veel zzp'ers zijn slecht op de hoogte van de noodzaak en mogelijkheden van verschillende verzekeringen. Als hulpmiddelen kan hierbij gedacht worden aan een publiekscampagne, een voucher waarmee de zzp'er periodiek een adviseur kan inschakelen¹⁷⁸ of het opzetten van een (digitaal) informatieloket.¹⁷⁹ Bij deze variant wordt uitgegaan van de eigen verantwoordelijkheid van de zelfstandigen. Hierdoor is de bescherming niet zo groot, maar hebben zelfstandigen wel veel vrijheid en flexibiliteit.

Voor deze laatste twee oplossingen zal meer onderzoek moeten worden verricht, wellicht biedt dit mogelijkheden voor scripties in de toekomst.

4.2.4 Advies

Persoonlijk ben ik geen voorstander van verplichte regelingen voor zelfstandigen. Hoewel dit in andere landen zeker goed werkt, denk ik dat dit voor Nederland geen goed idee is. Onze zelfstandigen zijn gewend aan vrijheid en eigen verantwoordelijkheid. Uit verschillende onderzoeken¹⁸⁰ blijkt ook dat ze zelf gekozen hebben om zelfstandig te worden, juist vanwege deze vrijheid. Daarnaast past een verplicht collectief systeem niet in de trends van o.a. individualisering en privatisering. Ook is het moeilijk om een regeling op te zetten die niet al te duur is en waar zelfstandigen toch gebruik van kunnen maken. De zelfstandigen in Nederland zijn een behoorlijk diverse groep, met verschillende eisen. Wat er bovenuit steekt is de wens voor flexibiliteit en maatwerk¹⁸¹ en ik denk dat deze niet gevonden kunnen worden in een wettelijk verplichte regeling.

Wat de niet-verplichte basisverzekeringen betreft ben ik geen voorstander van basisproducten voor arbeidsongeschiktheid en pensioen. Door het niet-verplichte karakter, wat weliswaar voor veel vrijheid

¹⁷⁷ M. Sanderse 2007, p. 27 – 28 en Van der Lecq & Oerlemans p. 17 – 18.

¹⁷⁸ Van der Lecq & Oerlemans p. 24.

¹⁷⁹ De Rode Hoed 2008, p. 4.

¹⁸⁰ Lagerveld, Minderhoud & Zwinkels 2004, p. 30.

¹⁸¹ De Rode Hoed 2008, p. 3 – 6.

zorgt, ben ik bang dat men weinig van deze verzekeringen gebruik gaat maken. Bovendien lijkt me dit geen taak voor de overheid, aangezien op de verzekeringsmarkt verschillende verzekeringen voor zelfstandigen beschikbaar zijn. Wanneer de vraag van zelfstandigen naar verzekeringen voor pensioen, ziekte en arbeidsongeschiktheid groeit, zullen door de marktwerking meer (betaalbare) alternatieven komen.

Wel zou ik willen pleiten voor meer onderzoek naar mogelijkheden voor een niet-verplicht pensioenfonds of onderlinge waarborgmaatschappij voor zzp'ers. Het niet-verplichte karakter zorgt hier wederom voor veel vrijheid, maar door de automatische inschrijving (via de inschrijving bij de Kamer van Koophandel) ligt ook de bescherming redelijk hoog. Bovendien zie ik niet in waarom werknemers wel pensioen op kunnen bouwen via de tweede pijler en zelfstandigen niet. Maar ook deze optie kent verschillende nadelen, zo zal de pensioenwet gewijzigd moeten worden en heeft minister Donner¹⁸² aangegeven geen voorstander te zijn van pensioenfonds voor zelfstandigen zonder personeel.

Tot slot wil ik nog adviseren om meer te investeren in informatie, advies en communicatie. Deze variant biedt weliswaar niet veel bescherming, maar wel de zo gewenste vrijheid en eigen verantwoordelijkheid. Ik denk dat als zzp'ers beter geïnformeerd worden, ze zich ook beter beschermen tegen allerlei sociale risico's. Een publiekscampagne, voucher of een (digitaal) objectief informatieloket lijkt me hiervoor bijzonder geschikt.

4.3 Aanbevelingen

Er zijn zeker mogelijkheden om zelfstandigen zonder personeel een betere bescherming te bieden bij pensioen, arbeidsongeschiktheid en ziekte. Totdat het Europees Hof van Justitie zich hierover heeft uitgesproken, is het niet verstandig om zzp'ers meer bescherming te bieden door minimumtarieven af te spreken in de cao., omdat de kans groot is dat de NMa hiertegen in protest zal gaan. Dit betekent echter niet dat minimumtarieven in cao's verboden zijn. Ook hiervan is men pas zeker na een uitspraak van het Europees Hof.

Er zijn wel andere mogelijkheden zelfstandigen zonder personeel in Nederland beter te beschermen, tegen ouderdom, arbeidsongeschiktheid en ziekte. Hierbij denk ik aan betere informatie, advies en communicatie over de sociale risico's van zzp'ers, een pensioenfonds of onderlinge waarborgmaatschappij voor zelfstandigen zonder personeel en op lange termijn zelfs aan een hervorming van het sociale zekerheidssysteem. Voor al deze mogelijkheden is nader onderzoek vereist.

¹⁸² Vaerndal 2008, p. 12.

Literatuurlijst

Adam 2005

G. Adam, *Industrial relations in private adult education sector examined*, Wenen, 26 oktober 2005.

Adam & Host 2006

G. Adam & H.Host, *Social partners seek to regulate employment of call centre workers*, Wenen/Osnabrück, 30 oktober 2006.

Aerts 2007

M.C.M. Aerts, *De zelfstandige in het sociaal recht*, Academisch proefschrift Amsterdam, 2007.

Asscher-Vonk 2004

I.P. Asscher-Vonk, 'De WAZ de deur uit – en nu?', *SMA* 2004 p. 433 t/m 436.

Bangma 2006

Bangma, K.L., 2006, *Pensioen van ondernemers, Hoe ondernemers hun pensioen regelen*, Zoetermeer: EIM, september 2006.

Bloemarts 2000

J.C.M.G. Bloemarts, 'CAO en mededinging: vloeken in de kerk (vervolg)', *SR* juni 2000 p. 161-162.

Boot 2004

G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: Sdu 2004.

Bouma 2009

H. Bouma, 'Niet te stuiten opmars van de eenpitters', *Het Financieele Dagblad* maandag 25 mei 2009

Cabrita e.a. 2009

J. Cabrita, H. Perista, R. Rego en R. Naumann, *Portugal: self-employed workers*, European Foundation for the improvement of living and working conditions, Ireland, 24 februari 2009.

Cremers-Hartman 2000

E. Cremers – Hartman, 'Zwangere zelfstandige moet beter verzekerd', *SR* 2000 – 7/8.

Commissie Bakker 2008

Commissie Bakker, *Naar een toekomst die werkt, advies Commissie Arbeidsparticipatie*, juni 2008.

Commissie Stevens 2005

Commissie Stevens, *Domeinrapport financieel-administratieve regelgeving, aanbevelingen aan het kabinet voor aanpak van regeldruk voor ondernemers*, Den Haag: 2005.

Corral & Villarejo 2009

A. Corral, E. Villarejo, *Spain: self-employed workers*, European Foundation for the improvement of living and working conditions, Ireland, 23 februari 2009.

Council of Europe 2000

Council of Europe, *Developments in national social security legislation, specific thema: "Social protection for self-employed workers"*, August 2000.

De Rode Hoed 2008

De Rode Hoed, *Betreden op eigen risico*, conclusies werkconferentie voor de vergroting van de arbeidsongeschiktheid- en pensioenvoorzieningen door ZZP'ers, 12 maart 2008.

Dobbins 2009

T. Dobbins, *Ireland: Self-employed workers*, European Foundation for the improvement of living and working conditions, Ireland, 23 februari 2009.

Drahos 2001

M. Drahos, *Convergence of Competition Laws and Policies in the European Community. Germany, Austria and the Netherlands*, Den Haag: Kluwer Law International 2001.

EIM 1996

EIM, *Strategic Study: Social security for the self-employed in Belgium, Germany, the United Kingdom and the Netherlands*, Zoetermeer, December 1996.

EIM 2007

EIM, *Van onbemand tot onmisbaar. De economische betekenis van zzp'ers nu en in de toekomst*, 11 oktober 2007.

EIM/Bureau Bartels 2008

EIM/Bureau Bartels, *Zelfstandigen zonder personeel*. Onderzoek in opdracht van het Ministerie van SZW, 10 oktober 2008.

EIM 2009

EIM, *Monitor Inkomens ondernemers*, Zoetermeer, maart 2009.

Eleveld 2006

A. Eleveld, 'Een zwangerschaps en bevallingsuitkering voor zelfstandigen en meewerkende echtgenoten in Europees perspectief', *SMA* 2006, 6, p. 258-265.

Eleveld 2008

A. Eleveld, 'Een uitkering voor zwangere zelfstandigen: formele of materiële gelijkheid', *SMA* 2008 7/8 p. 313 – 317.

Van Empel 2009

F. van Empel, 'Employment market: "The Netherlands still turns its back on Europe far too much"'. *Tilburg Research*, 2009 volume 6, number 1.

Fase & van Drongelen 2005

W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *Cao recht*, het recht met betrekking tot cao's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan, Kluwer 2005.

De Fijter

F. de Fijter, 'Zzp'ers stellen nieuwe eisen aan sociale zekerheid', Den Haag, SER Bulletin, april 2009.

FNV 2007

FNV: *De dynamische driehoek, zzp'ers en de FNV*, Den Haag, april 2007.

Gertsen 2009

H. Gertsen, 'Pensioendrama voor zzp'ers', *Brabants Dagblad*, 27 april 2009 p. 4.

Groot & Woudt

E. Groot & J. Woudt, 'FNV wil bodem voor tarieven zelfstandigen. Conflict dreigt met concurrentietoezichthouder NMA', *Het Financieele Dagblad*, 18 maart 2006.

Houtman 2009

I. Houtman, *The Netherlands: Self-employed workers*, European Foundation for the improvement of living and working conditions, Ireland, 23 februari 2009.

IJzerman 2008

W. IJzerman, *Werknemer of zelfstandige? Waar ligt het grensvlak tussen een arbeidsovereenkomst, aanneming van werk en overeenkomst van opdracht?*, Masterscriptie, Amsterdam, December 2008.

Jolivet, Nicot & Deposier 2009

A. Jolivet, A. Nicot en D. Depoisier, *France: self-employed workers*, European Foundation for the improvement of living and working conditions, Ireland, 24 februari 2009.

Kämmerer & Thüsing 2007

J.A. Kämmerer en G. Thüsing, *Tariferstreckung in der Postdienstleistungsbranche, Arbeitsrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Schranken*, Hamburg & Bonn, 21 september 2007.

Kamphuisen 1956

P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, 1956, Universitaire Pers Leiden.

Korsten & van Wanroij 2008

L.E.J. Korsten, M. van Wanroij, *Nederlands mededingingsrecht*, 2008, Kluwer Deventer.

Kortenhorst & van Rooy 1939

L.G. Kortenhorst, MAC. M.J. Van Rooy, *De collectieve arbeidsovereenkomst, juridisch en economisch-sociaal*, 1939, N.V. Uitgevers-maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle.

Krichmayr 2003

M. Krichmayr, 'Social partners: collective bargaining in Austria', *ILO*, 8 januari 2003.

KvK 2009

Kamer van Koophandel, *Startersprofiel 2008*, april 2009.

Lagerveld, Minderhoud & Zwinkels 2004

Lagerveld, Minderhoud & Zwinkels, *Zeker verzekerd? Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen voor zzp'ers nu en straks*, Hoofddorp: TNO Arbeid 2004.

Van der Lecq & Oerlemans 2009

S.G. van der Lecq en A.G. Oerlemans, *Zelfstandigen zonder pensioen*, juli 2009.

Loonstra & Zondag 2006

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 2006, Boom Juridische uitgevers, Den Haag.

Ministerie van Economische Zaken 2007

Ministerie van Economische Zaken, *Kabinetsbrief zelfstandig ondernemerschap: werken aan ondernemend Nederland: het belang van zelfstandig ondernemerschap*, Den Haag, 17 december 2007.

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2003

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Onderzoek naar de gevolgen van het afschaffen van de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen*, Den Haag 2003

Mortelmans 1998

K.J.M. Mortelmans, 'Vloeken in de kerk: de nieuwe economische Mededingingswet, toepasbaar op overeenkomsten op de arbeidsmarkt', *SR* september 1998 p. 248 t/m 259.

Nagelkerke, Plessen & Wilthagen

A.G. Nagelkerke, W.G.M. Plessen, A.C.J.M. Wilthagen, 'Van arbeidsverhouding naar verhouding tot de arbeid: een paradigmawisseling?', *SMA* 2008.

NMa 2007

NMA, *Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet*, Visiedocument van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, December 2007.

Nods 2006

R. Nods, 'Pensioenen: een grote witte vlek, FNV wil pensioenfonds voor zelfstandigen op de rails zetten', *FEM Business*, 9 december 2006.

Obbink 2001

H. Obbink, 'Zelfstandigen zonder personeel vaak tussen wal en schip', *SER Bulletin* april 2001 Den Haag.

Oerlemans 2009

R. Oerlemans, 'What's going on? Crisis, ageing and morale', *Tilburg Research* 2009, volume 6, number 1.

Perdini & Coletto 2009

R. Perdini and D. Coletto, *Report: self-employed workers: industrial relations and working conditions*, European Foundation for the improvement of living and working conditions, 2 maart 2009

Perulli 2003

A. Perulli, *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, European Commission 2003.

Preis & Greiner 2007

U. Preis en S. Greiner, *Rechtsgutachten zur Allgemeinverbindlicherklärung oder Geltungserstreckung eines Mindestlohn-Tarifvertrags in der Postdienstleistungsbranche im Auftrag des Arbeitgeververbandes Postdienste e.V.*, Universiteit Keulen, 8 oktober 2007.

Reinsma 2006

M. Reinsma, *Prijzafspraken van auteurs en mededinging in België, Duitsland, Frankrijk, Ierland en het Verenigd Koninkrijk*, Onderzoek in opdracht van de (VSenV), November 2006.

Van Riel

E. van Riel, 'De belangen van eenpitters', Den Haag *SER Bulletin* mei 2006

Sanderse 2007

M. Sanderse, 'Zzp'ers en pensioen, *TPV* februari 2007 afl 1, p. 26 t/m 29.

Schulze Buschoff & Schmidt 2009

K. Schulze Busschoff & C. Schmidt, Adapting labour law and social security to the needs of the 'new self-employed' comparing the UK, Germany and the Netherlands, *Journal of European Social Policy*, 2009.

SSA & ISSA 2008

Social Security Administration and International Social Security Administration, *Social Security Programs Throughout the World, Europe*, Geneva, September 2008

Supiot 1999

A. Supiot, 'The transformation of work and the future of labour law in Europe: a multidisciplinary perspective', *International Labour Review*, 1999 p. 31 – 46.

UWV 2008

UWV: *Ik ben zwanger en zelfstandig*, Den Haag, januari 2008.

Vaerndal 2008

Vaerndal, L., Tussen willen en kunnen, de zzp'er en zijn pensioen, *Pensioen Advies*, mei 2008.

Vegter 2008

M.S.A.Vegter, 'De NMa en de kleine zelfstandige', *SR* 2008 8.

Vogel & Dribbusch 2009

S. Vogel en H. Dribbusch, *Germany: self-employed workers*, European Foundation for the improvement of living and working conditions, Ireland, 24 februari 2009.

Vogt & G. Adam 2009

M. Vogt and G. Adam, *Austria: Self-employed workers*, European Foundation for the improvement of living and working conditions, Ireland, 23 februari 2009.

De Vos

A. de Vos, 'Geef ruimte aan zzp-pensioen', *Het Financieele Dagblad* FD Geld, zaterdag 25 april 2009 p.26-27.

Von Wallwitz 1997

S.G. von Wallwitz, *Tarifverträge und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages*, wettbewerbsbeschränkende Tarifverträge und das Kartellverbot des Artikel 85 EGV, Frankfurt am Main, Lang, 1997.

Wirtz 2006

Mr. M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Monografieën Sociaal Recht 39, Kluwer, Deventer, 2006.

Overige geraadpleegde stukken

Commissie

Mededeling Commissie *Pb.* 2004 C 101/07

Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEU* 2004 C 101/08).

Kamerstukken

Kamerstuk Tweede Kamer 1947-1948 kamerstuknummer 785 ondernummer 3.

Kamerstukken II, 1995 – 1996, 24 707, nr 3.

Kamervragen met antwoord 2006-2007, nr. 1558, Tweede Kamer

CAO

Tarifvertrag zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste e.V. und ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft.

Jurisprudentieregister

Hof van Justitie EG

HvJ EG 30 januari 1985, zaak 123/83 (BNIC/Clair)

HvJ EG 11 juli 1985, zaak 42/84 Jur. 1985 p. 1-2545 (Remia)

HvJ EG 3 juli 1986, zaak 88/85 Jur 1986. p. 1-2121 (Lawrie-Blum)

HvJ EG 3 december 1987, zaak 136/86 (BNIC/Aubert)

HvJ EG, 27 februari 1991 gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich)

HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 (Höfner/Elser)

HvJ EG 11 december 1997, zaak C-55/96 (Job Centre)

HvJ EG 21 september 1999 C 67/96 (Albany), gevoegde zaken C 115/97, 116/97, 117/97 (Brentjens) en C 219/97 (Drijvende Bokken) en de gevoegde conclusie van AG Jacobs van 28 januari 1999, *Jur.* 1999 p 1 – 5751 (Albany, Brentjens en Drijvende Bokken).

HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-184/98 Jur. 2000 p. 1 – 6451 (Pavlov)

Commissie

Beschikking 80/1334/EEG van de Commissie van 17 december 1980 (Gegoten glas in Italië)

Beschikking 2003/600/EG van de Commissie (Frans Rundvlees)

Beschikking 2005/349 EG van de Commissie van 10 december 2003 (Organische peroxides)

Gerecht van Eerste Aanleg EG

GvEA EG gevoegde zaken T-217 en 245/03 (FNCBV & FNSEA)

GvEA EG 27 september 2006, zaak T-168/01 Jur 2006 p. II-2969 (GloxeSmithKline)

Hoge Raad

HR 13 december 1957, NJ 1958/35 (Zwarthoofd/Het Parool)

HR 17 november 1978, NJ 1979, 140 (IVA/Quijssen)

HR 17 april 1984, NJ 1985, 18 (Animeermeisje)

HR 8 april 1994, JAR 1994/94 (Agfa/Schoolderman)

HR 16 september 1994, JAR 1994/214 (NN/Woudsend)

HR 14 november 1997, JAR 1997/263 (Groen/Schoevers)

Rechtbank

Rb Utrecht, 27 mei 2004 (Movir 1)

Rb Utrecht 3 mei 2006 (Movir 2)

Rb Utrecht, 2 april 2008 (Movir 3)

Kantonrechter

Ktr Den Haag 26 maart 2003, JAR 2003/150 (Tolk)

NMa

RvB NMa zaak 5170, 8 november 2005 (CNV Dienstenbond)

Centrale Raad van Beroep

CRvB 30 maart 2000, USZ 2000/131 (Lasmedewerkers)

CRvB 28 december 2000, USZ 2000/265 (Vrachtwagenchauffeur)

Competition Authority Ireland

Decision No E/02/004 van 31 september 2004 (SIPTU)