

**Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden**

## 3098

Vragen van de leden **Van Brenk** en **Geleijnse** (beiden 50PLUS) aan de Ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Economische Zaken en Klimaat over *het bericht «De Autoriteit Consument en Markt heeft geen gelijk, wettelijke bescherming geldt voor meer zzp'ers»* (ingezonden 14 maart 2019).

Antwoord van Staatssecretaris **Keijzer** (Economische Zaken en Klimaat), mede namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (ontvangen 19 juni 2019) Zie ook Aanhangsel Handelingen, vergaderjaar 2018–2019, nr. 2206.

### Vraag 1

Heeft u kennisgenomen van het opinieartikel van VU-hoogleraar internationaal Arbeidsrecht Klara Boonstra in het Financiële Dagblad, waarin beweerd wordt dat het positief klinkt dat de Autoriteit Consument en Markt (ACM) de positie van zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) wil versterken, maar dat de ACM feitelijk al jaren afdwingt dat zelfstandigen met elkaar moeten concurreren op prijs?<sup>1</sup>

### Antwoord 1

Ja.

### Vraag 2

Deelt u de mening van mevrouw Boonstra dat de ACM Europese regelgeving over mededinging ten aanzien van zzp'ers willens en wetens veel strakker vertaalt dan nodig is, en ook veel strenger dan elders in Europa gebeurt? Is het waar dat de ACM feitelijk al sinds 2007 stelt dat zzp'ers zonder uitzondering onder het mededingingsrecht vallen, en dat zij dus geen collectieve afspraken mogen maken over tarieven? Is het waar dat deze benadering mede desastreuze sporen nalaat op onze arbeidsmarkt en juist de deur openzet voor de «sociale dumping», die de ACM zegt te willen bestrijden, en dat hierdoor veel werk dat voorheen in loondienst werd gedaan omdat dat goedkoper is, «omgekat» wordt tot «dienstverlening» door zzp'ers?<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Financiële Dagblad, 20 februari 2019: «De ACM heeft geen gelijk, wettelijke bescherming geldt voor méér zzp'ers».

<sup>2</sup> Financiële Dagblad, 15 februari 2019: «Toezichthouder ACM zoekt uitweg om «Sociale dumping» zzp'er tegen te gaan».

## Antwoord 2

De toezichthouder ACM houdt toezicht op de Nederlandse Mededingingswet; deze regels voor ondernemingen komen overeen met de Europese mededingingsregels. Bij de interpretatie en toepassing van de Mededingingswet houdt de ACM zich – net als andere toezichthouders in Europa – onverkort aan de uitleg van deze regels van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna Hof van Justitie) en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie. De ACM houdt zich dus ook aan het FNV KIEM arrest.

De ACM heeft in december 2007 een Visiedocument «Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet» gepubliceerd, waarin werd uitgelegd dat ondernemers onder de Mededingingswet vallen, ook als zij zzp'ers zijn. Dit Visiedocument gaf de FNV aanleiding tot het aanspannen van een procedure die leidde tot het genoemde arrest FNV KIEM. Het Hof van Justitie bevestigde in 2014 in de FNV KIEM zaak dat collectieve onderhandelingen namens zelfstandigen niet zijn uitgezonderd van het kartelverbod omdat ook zelfstandigen ondernemers zijn die onder de mededingingsregels vallen. Daarnaast oordeelde het Hof dat dit anders is voor zover het gaat om «schijnzelfstandigen» ofwel «dienstverleners wier situatie vergelijkbaar is met die van werknemers» omdat die niet als ondernemer in de zin van deze regels moeten worden beschouwd. Het Hof van Justitie gaf daarbij handvaten voor de nationale rechter om te oordelen of er sprake is van schijnzelfstandigheid in de zin van de FNV KIEM zaak. Het Gerechtshof Den Haag oordeelde uiteindelijk dat de zelfstandige orkestreplaçanten als dergelijke schijnzelfstandigen moesten worden beschouwd. Zij bevonden zich, naar het oordeel van het Gerechtshof, in een ondergeschiktheidsrelatie. Van flexibiliteit of zelfstandigheid met betrekking tot het bepalen van het tijdschema, de plaats en wijze van uitvoering van toevertrouwde taken was in deze zaak geen sprake, aldus het Gerechtshof.

Het Hof van Justitie ging in het arrest FNV KIEM uit van een ruimere uitleg van de regels dan in het Visiedocument van de ACM was voorzien. Daarom heeft de ACM in 2017 een nieuwe Leidraad «Tariefafspraken voor zzp'ers in cao's» gepubliceerd die het Visiedocument uit 2007 vervangt. Hierin is het arrest FNV KIEM (met andere recente ontwikkelingen) verwerkt. Dat wil zeggen dat tariefafspraken zijn toegestaan voor schijnzelfstandigen in de zin van de FNV KIEM zaak. Om de regels rondom tariefafspraken voor zzp'ers en de uitzonderingen op het kartelverbod die voor hen van belang zijn, verder te verduidelijken zal de ACM een aangepaste Leidraad publiceren. Inmiddels heeft er ook een gesprek hierover plaatsgevonden tussen de voorzitter van de ACM, de Minister van SZW en mij. De ACM heeft aangegeven dat zij ernaar streeft om de nieuwe leidraad rond de zomer van 2019 te consulteren.

## Vraag 3

Is het waar dat de bereidheid van de ACM dit strakke mededingingsbeleid ten aanzien van zzp'ers deels te wijzigen ruimhartig klinkt, maar feitelijk volgt uit een arrest van het Europese Hof van Justitie van vier jaar geleden? Kunt u uw antwoord motiveren?

## Antwoord 3

Nee, deze bereidheid is breder. De ACM streeft er juist naar om duidelijkheid te geven over de mogelijkheden en onmogelijkheden voor zzp'ers om tariefafspraken te maken, ook buiten de in het arrest FNV KIEM geboden mogelijkheid. Zie voorts mijn antwoord op vraag 2.

## Vraag 4

Is het waar dat de ACM nu alleen de gedwongen concurrentie tussen zogenaamde «schijnzelfstandigen» – die eigenlijk werknemers zijn – wil afschaffen? Is het waar dat volgens het Hof van Justitie het toestaan van prijsafspraken echter ook toegestaan zou moeten worden in die situaties, waarin werknemers en opdrachtnemers (zzp'ers) «zij aan zij» dezelfde werkzaamheden verrichten in de onderneming van de werkgever/opdrachtgever en daar min of meer in opgaan? Bent u bereid dit te bevorderen?

#### Antwoord 4

Nederland kent een open economie waarbij ondernemers met elkaar concurreren. De ACM beschermt met haar toezicht de concurrentie tussen ondernemingen. Een goed werkende markt waarin ondernemers met elkaar concurreren levert voordelen op voor de consument en eindgebruiker, door lagere prijzen, meer keuzeaanbod en innovatie. De ACM kan geen concurrentie «afschaffen». Daar waar geen sprake is van ondernemerschap, is de Mededingingswet niet van toepassing.

Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de mededingingsregels, waaronder het kartelverbod, niet gelden voor zover het gaat om dienstverleners wier situatie vergelijkbaar is met die van werknemers omdat deze groep niet wordt beschouwd als onderneming in de zin van deze regels. Het Hof noemt verschillende criteria waarmee rekening moet worden gehouden om vast te stellen of van een onderneming in de zin van de mededingingsregels sprake is. De ACM is op dit moment aan het onderzoeken of het «zij aan zij» verrichten van werkzaamheden in de nieuwe leidraad verwerkt zou kunnen worden als een praktisch toepasbare vuistregel om invulling te geven aan de criteria die het Hof stelt. Indien deze route geen oplossing biedt voor bepaalde zelfstandigen, bijvoorbeeld omdat zij niet «zij aan zij» met werknemers werken, beziet de ACM de mogelijkheden voor zelfstandigen, of hun vertegenwoordigers, om in uitzondering op het kartelverbod tariefafspraken te maken om een inkomen op het sociale minimum te kunnen verwerven. Ik verwacht de leidraad, en dus meer duidelijkheid hierover, rond de zomer. Zie ook het antwoord op vraag 2.

#### Vraag 5

Deelt u de mening van prof. Boonstra, dat de ACM tot op de dag van vandaag onvoldoende opvolging geeft aan de bedoelde uitspraak van het Europese Hof van Justitie? Bent u bereid de ACM hierop aan te spreken? Zo nee, waarom niet?

#### Antwoord 5

Zie het antwoord op vraag 2.

#### Vraag 6

Kunt u reflecteren op het gehanteerde uitgangspunt van de ACM dat de markt waarop zelfstandigen actief zijn, vereenzelvigd wordt met de consumentenmarkt?<sup>3</sup> Is het juist te veronderstellen, zoals ACM lijkt te doen, dat (arbeidsprijs)concurrentie per definitie consumenten en dus burgers ten goede komt? Vindt u het te billijken dat in deze visie kennelijk weinig of geen plaats is voor de opvatting, dat mensen niet alleen consument zijn, maar ook burgers die bereid zijn om een prijs voor een dienst te betalen die de werkende ook in staat stelt de risico's te ondervangen die horen bij werken, zoals werkloosheid, ziekte en arbeidsongeschiktheid? Licht het uitgangspunt van de ACM voor wat betreft de arbeidsmarkt niet te eenzijdig op de «vermarkting van arbeid» waardoor de «prijs van arbeid» te veel onder druk kan komen te staan?

#### Antwoord 6

De ACM houdt toezicht op gedragingen tussen ondernemingen op de markt, waarin zij per geval uitgaat van de relevante markt. De ACM ziet erop toe dat een beperking of vervalsing van de mededinging geen nadelige gevolgen heeft voor de eindgebruiker, dat kunnen zowel consumenten als bedrijven zijn. Het uitgangspunt is dat gedragingen tussen ondernemingen het proces van mededinging niet mogen belemmeren, waardoor eindgebruikers benadeeld kunnen worden.

Dit betekent niet dat de markt waar zelfstandige ondernemers op actief zijn, per definitie een consumentenmarkt is. Wanneer een zelfstandige ondernemer zijn product of dienst aanbiedt aan andere zakelijke marktpartijen is er geen sprake van een consumentenmarkt. Het kan ook voorkomen dat een zelfstandige tegelijkertijd actief is op beide markten. Bijvoorbeeld indien een zelfstandig grafisch ontwerper zijn diensten aanbiedt aan een groot zakelijke

<sup>3</sup> Wiarda Beckmanstichting: «stop de concurrentie op de arbeidsmarkt», door Klara Boonstra, 18 februari 2019. <https://www.wbs.nl/publicaties/stop-de-concurrentie-op-de-arbeidsmarkt>

leverancier (zakelijke markt), maar ook trouwkaarten ontwerpt voor de niet-zakelijke markt. Concurrentie tussen zelfstandige ondernemers kan dus ook ten goede komen aan zakelijke marktpartijen. Het kabinet steunt de opvatting dat burgers niet alleen als consumenten moeten worden gezien, maar ook als onderdeel van een samenleving waarin we met elkaar zoeken naar mogelijkheden om risico's voor werkenden (zoals werkloosheid, ziekte en arbeidsongeschiktheid) te ondervangen. Voor zelfstandigen is juist om deze reden in het regeerakkoord opgenomen dat zzp'ers die werken onder een bepaald uurtarief beschermd moeten worden, en schijnzelfstandigheid en concurrentie op arbeidsvoorwaarden moeten worden voorkomen. Daar hoort ook bij dat onderzocht wordt via welk(e) instrument(en) dit doel het best bereikt kan worden. Uw Kamer zal, conform eerdere toezegging door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, voor de zomer geïnformeerd worden over de voortgang van de uitwerking van deze maatregelen.

De ACM houdt geen specifiek toezicht op de arbeidsmarkt waarop werknemers (geen ondernemingen in de zin van de mededingingsregels) en werkgevers (wel ondernemingen in de zin van de mededingingsregels) actief zijn. Het is ook niet aan de ACM om te beoordelen welke prijs van arbeid wenselijk is. De ACM houdt wel toezicht op ondernemingen die met elkaar concurreren bij inkoop, dat omvat naast goederen en diensten ook de inkoop van arbeid. Een voorbeeld van een dergelijke verboden afspraak zou zijn als ondernemers met elkaar afspreken om zelfstandigen niet meer te betalen dan een door hen vastgesteld uurtarief om op deze (oneigenlijke) wijze hun eigen kosten te beperken ten koste van de zelfstandigen.

#### Vraag 7

Deelt u de visie dat de onderkant van de arbeidsmarkt in toenemende mate gekenmerkt wordt door de macht van ondernemers via zelfstandigen, en dat deze en andere ontwikkelingen maken dat de onderliggende veronderstelling (dat de arbeidsmarkt een «goed functionerende markt» is) aan herziening, of op zijn minst kwalificatie onderhevig is?<sup>4</sup> Kunt u uw antwoord motiveren?

#### Antwoord 7

Het kabinet heeft in het najaar van 2018 de Commissie regulering van werk aangesteld die zich buigt over de toekomst van onze arbeidsmarkt. Deze commissie denkt na over de positie van zelfstandigen in brede zin waarbij tevens het arbeidsrecht, de ondernemersovereenkomst, de sociale zekerheid alsmede de fiscaliteit aan de orde komen. In haar advies komen dus ook de veranderingen van de arbeidsmarkt (zoals platformisering) aan bod. De commissie rapporteert uiterlijk 1 november 2019 haar advies.

#### Vraag 8

Deelt u de mening dat zelfstandigen zonder personeel, waarvoor geldt dat de dienst die zij verrichten vrijwel geheel uit hun arbeid bestaat, categoriaal buiten het mededingingsrecht zouden moeten worden gehouden? Zo nee, waarom niet? Kunt u uw antwoord motiveren?

#### Antwoord 8

Nee. Een dergelijke categorale uitzondering (indien deze juridisch mogelijk zou zijn) zou immers zien op een bredere groep zzp'ers. De uitzondering zou zich ook uitstrekken tot zzp'ers die als onderneming specialistische en goed betaalde diensten aanbieden. De mededingingsregels zijn van toepassing op alle ondernemingen. Het maakt daarbij niet uit of zij personeel in dienst hebben of dat hun diensten geheel uit arbeid bestaan. Het maken van een dergelijk onderscheid zou concurrentievervalsing tot gevolg hebben. De ACM wil zzp'ers meer duidelijkheid bieden over de toepassing van het mededingingsrecht, daarbij zal de ACM in het bijzonder kijken naar de positie van kwetsbare zzp'ers.

<sup>4</sup> Markt en mededinging, aflevering 5 2018, «De mededingingswet en de onderkant van de arbeidsmarkt», Marcel Canoy en Kees Hellingman.  
[https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/marktenmededinging/2018/5/MenM\\_1387-6236\\_2018\\_021\\_005\\_002/fullscreen](https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/marktenmededinging/2018/5/MenM_1387-6236_2018_021_005_002/fullscreen)

#### Vraag 9

Deelt u de mening van prof. Boonstra dat de ACM voor zelfstandigen die «zij aan zij werken met werknemers» een nieuw visiedocument zou kunnen concipiëren<sup>5</sup>, waarin zij toestaat dat betreffende zelfstandigen collectief mogen onderhandelen over prijzen, en dat hiervoor, gezien de uitspraak van het Europese hof van Justitie geen wetswijziging nodig is? Bent u bereid dit te bevorderen? Zo nee, waarom niet?

#### Antwoord 9

Zie het antwoord op vraag 4.

#### Vraag 10

Deelt u de mening dat, waar het bijvoorbeeld de persbureau's ANP en Hollands Hoogte is toegestaan te fuseren, het logisch en billijk zou zijn ook fotojournalisten en andere direct betrokken zzp'ers toe te staan collectief met hun opdrachtgevers te onderhandelen, om zo het marktevenwicht daadwerkelijk te handhaven?<sup>6</sup> Zo nee, waarom niet.

#### Antwoord 10

ACM houdt toezicht op gedragingen tussen ondernemers die de concurrentie op een markt kunnen beperken. Concentraties (bijvoorbeeld een fusie of overname) kunnen positieve gevolgen met zich meebrengen die weer worden doorgegeven aan de eindgebruiker. Hierbij valt te denken aan synergievoordelen waardoor consumenten kunnen kiezen uit een ruimer keuzeaanbod of lagere prijzen. Het toestaan van een concentratie tussen bedrijven kan ook schadelijk zijn voor de (rest)concurrentie op een bepaalde markt. Vooraf aan een voorgenomen fusie (vanaf een bepaalde omvang) toetst de ACM daarom of de concentratie er niet toe leidt dat bedrijven een positie verkrijgen waardoor de mededinging op de markt wordt beperkt. In die gevallen kan de ACM een concentratievergunning weigeren of voorwaarden stellen aan de concentratie.

Indien ondernemingen collectief onderhandelen op markten voor goederen of diensten, impliceert dit dat zij zelfstandig marktgedrag en onderlinge concurrentie vervangen door samenwerking. Dit valt onder de werkingssfeer van het kartelverbod. Dit verbod kent echter uitzonderingen, zoals de bagatelregeling. Onder de bagatelgrenzen is het toegestaan dat ondernemers hun krachten bundelen om tegenwicht te bieden, zelfs als het gaat om tarieven of andere belangrijke concurrentievoorwaarden. Een andere uitzondering ziet op afspraken met een – per saldo – positief effect op de consumentenwelvaart. Hiervoor gelden bepaalde voorwaarden. De nieuwe Leidraad van de ACM zal nader ingaan op de ruimte die deze uitzondering aan zzp'ers aan de onderkant van het loonegebouw van de arbeidsmarkt zou kunnen bieden.

#### Vraag 11

Wat is uw oordeel over de mogelijkheid en juridische haalbaarheid «werkers-coöperaties» op te laten richten teneinde zelfstandigen in staat te stellen gezamenlijk te onderhandelen over hun arbeidsvoorwaarden?<sup>7</sup> Zou de coöperatievorm passend kunnen zijn gegeven (Europese) mededingingsregels? Bent u bereid dit te onderzoeken?

#### Antwoord 11

Zelfstandige ondernemers kunnen zich verenigen met andere zelfstandigen in een coöperatie teneinde gezamenlijk te onderhandelen over hun tarieven. Het gaat er hierbij om dat zij zich als één onderneming op de markt gedragen. Dit is mogelijk en haalbaar, maar de keuze is aan de zelfstandige ondernemer, deze dient bereid te zijn een deel van zijn onafhankelijkheid op te geven. De leden van de coöperatie moeten duurzaam een gezamenlijk economisch doel nastreven, de coöperatie moet beslissende invloed kunnen uitoefenen op het marktgedrag van de afzonderlijke leden en er mag geen mogelijkheid tot

<sup>5</sup> Wiarda Beckmanstichting: «stop de concurrentie op de arbeidsmarkt», door Klara Boonstra, 18 februari 2019. <https://www.wbs.nl/publicaties/stop-de-concurrentie-op-de-arbeidsmarkt>

<sup>6</sup> Trouw, 26 februari 2019: «Waarom geen zzp-collectief».

<sup>7</sup> Financieele Dagblad, 18 februari 2019: «Samenwerking in Coöperatie kan zzp'ers hoger tarief opleveren».

onderlinge concurrentie meer bestaan. Indien hier aan voldaan is, bieden de mededingingsregels ruimte voor deze vorm van samenwerking.

#### Vraag 12

Deelt u de mening dat, uit oogpunt van sociale rechtvaardigheid, het ook voor zelfstandigen die niet zij aan zij werken met werknemers, toegestaan zou moeten worden dat zij collectief kunnen onderhandelen over hun arbeidsvoorwaarden? Bent u bereid dit te bevorderen? Zo nee, waarom niet?

#### Antwoord 12

Zie antwoorden op de vragen 4, 6 en 10.

Uit deze antwoorden blijkt dat ook met werknemers gelijk te stellen schijnzelfstandigen onder de «cao-exceptie» vallen. Verder kan het onderzoek van de ACM naar het «zij aan zij» verrichten van werkzaamheden een belangrijk bijdrage leveren aan de beantwoording van de vraag of er sprake is van een ondernemer of niet, zoals aangegeven in de antwoorden op vraag 4 zal de ACM daarover rond de zomer meer duidelijkheid geven. Het Hof van Justitie heeft erkend dat onderhandelingen tussen organisaties voor werknemers en werkgevers rechtstreeks bijdragen aan de bescherming van werknemers. Ik heb onverminderde aandacht voor het feit dat de positie van zzp'ers soms kwetsbaar kan zijn. Vandaar dat het kabinet zich bezig houdt met de uitwerking van de afspraken in het regeerakkoord met betrekking tot deze groep en in aanvulling daarop de Commissie regulering van werk in het leven heeft geroepen.