

## Mededingingsautoriteit ziet zzp'er als ondernemer

# Wordt cao postbezorgers algemeen verbindend?

**De bezorgers van de nieuwe postbedrijven zijn zzp'ers en krijgen een cao. Maar kan deze cao ook algemeen verbindend worden verklaard? Volgens de Nederlandse Mededingingsautoriteit niet. Zzp'ers zijn namelijk ondernemers, en die mogen geen tariefafspraken maken. Esther Koot-van der Putte en Henk Strating stellen dit ter discussie. Het betreft hier zzp'ers die zeer weinig verdienen. Avv'en van hun cao kan dan bescherming bieden.**

Na lang soebatten is de kogel door de kerk. Vanaf 1 april wordt de postmarkt geliberaliseerd, dat wil zeggen dat TNT het monopolie verliest op poststukken tot 50 gram. In het strijdveld van de liberalisering stonden de postbezorgers van de nieuwe postbedrijven Sandd en Selekt Mail centraal. Die kennen tot nu toe geen normale arbeidsovereenkomst, maar een overeenkomst van opdracht. De bezorgers zijn zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) en werken op basis van stukloon. Voorwaarde om tot liberalisering over te gaan, is dat deze bezorgers ook een arbeidsovereenkomst krijgen. Daartoe is in november de Cao Postbezorgers afgesloten tussen de vier bonden BVPP, CNV Publieke Zaak, CNV Bedrijvenbond en FNV Bondgenoten en de nieuwe postbedrijven Sandd en SelektMail. In dat akkoord is afgesproken, dat binnen 3,5 jaar na liberalisering 80 procent van de postbezorgers een arbeidsovereenkomst moet hebben. Het tempo waarin de overeenkomsten van opdracht worden omgezet in een arbeidsovereenkomst is vastgelegd in een ingroei-model. Bovendien heeft de overheid voor een 'stok achter de deur' gezorgd door een Algemene Maatregel van Bestuur op te nemen de Postwet. Daarin is vastgelegd dat postbedrijven zonder cao de eerste vier jaar na liberalisering van de postmarkt voor 100 procent met arbeidsovereenkomsten moeten werken.

### Opdrachtovereenkomst

De arbeidsovereenkomst is het vertrouwde instrument om de arbeidsvoorwaarden mee vorm te geven. De arbeidsovereenkomst fungeert ook als 'toegangskartje' tot de sociale zekerheid en de cao. De Wet cao is namelijk van toepassing op die personen die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Tegelijkertijd maakt die wet het mogelijk dat de cao ook aanneming van werk

en overeenkomsten van opdracht betreft (zie kader Wet- en regelgeving). Deze gelijkstelling is bedoeld om te voorkomen dat met een andere werkvorm dan de arbeidsovereenkomst beoogd wordt te kunnen concurreren op arbeidsvoorwaarden. De zogenaamde *race to the bottom* wordt daarmee een halt toegeeroepen.

Met andere woorden: doordat de cao niet alleen arbeidsvoorwaarden voor werknemers regelt, maar ook voor zzp'ers, wordt in zekere zin

tevens een werknemersbelang gediend. Het is immers voor werknemers van belang dat er bodentarieven voor zzp'ers worden afgesproken omdat daarmee voorkomen kan wor-

den dat werkgevers duurdere werknemers inruilen voor goedkopere zzp'ers.

### Cao en mededinging

Het bovenstaande neemt niet weg, dat Europese en daarmee ook nationale mededingingswetgeving in de weg kan staan om bovengenoemde bepaling toe te passen. Tot voor kort kwamen cao's die zich louter richten op opdrachtnemers niet voor. Wel boden sommige cao's de mogelijkheid om de werkingssfeer van de cao uit te breiden tot andere groepen dan werknemers die op arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. Door de Cao Postbezorgers komt daar verandering in, omdat die zich expliciet richt op personen die werkzaam zijn op basis van opdrachtovereenkomst. Het Europese Hof van Justitie heeft uitgemaakt dat cao's niet onder de werking van het mededingingsrecht vallen. Dit geldt echter voor cao's op zichzelf. Op het moment dat het gaat over het algemeen verbindend verklaren be-geven wij ons op een hellend vlak. Daarbij bestaat er een spanning tussen enerzijds het beleid van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, dat cao's algemeen verbindend verklaart, en anderzijds de visie van het ministerie van Economische Zaken zoals uitgedragen door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). De NMa vindt namelijk dat zzp'ers geen (uur)tariefafspraken mogen

Bodentarieven voor zzp'ers zijn ook van belang voor werknemers

Esther Koot-van der Putte is directeur van Cao-recht advies en opleiding.

Henk Strating is directeur van HS-Arbeidsvoorwaarden.

# Verbindend verklaard?

maken via een cao. Minimumtarieven zouden zzp'ers beperken in hun mogelijkheden om zich ten opzichte van elkaar te onderscheiden. Opdrachtgevers en consumenten zouden hierdoor mogelijk te hoge prijzen betalen. "Zzp'ers zijn ondernemers, géén werknemers. Het staat werkgevers(verenigingen) en vakbonden vrij om een cao af te sluiten, maar zij mogen hierin geen minimumtarieven voor zzp'ers vastleggen", aldus René Jansen, lid van de raad van bestuur van de NMa. "Het is niet de bedoeling dat onnodige en ernstige concurrentiebeperkingen gerechtvaardigd worden door er het etiket 'cao' op te plakken."

Directe aanleiding voor het onderzoek van de NMa waren berichten in de media over de afsluiting van de cao voor remplaçanten bij symfonieorkesten. Deze eerste Nederlandse cao met minimumtarieven voor zzp'ers kon volgens één van de partijen als voorbeeld dienen voor andere sectoren met veel zelfstandige eenpitters, zoals de bouwsector. De betreffende cao is inmiddels opgezegd en is vervallen per augustus 2008. Een nieuwe cao in deze sector zal geen bepalingen over de tarieven voor zzp'ers bevatten.

## Schein-Selbständigen

Het is echter maar de vraag in hoeverre het schadelijk is voor de vrije markt en daarmee ook voor consumenten als er minimumtarieven voor zzp'ers worden afgesproken. Dergelijke afspraken hebben inderdaad tot gevolg dat er minder ruimte is voor zzp'ers om te concurreren, maar dat is niet altijd problematisch. Zeker bij zzp'ers die weinig verdienen weegt het belang om een voldoende inkomen te verwerven zwaarder dan het belang van de opdrachtgever om zo goedkoop mogelijke arbeidskrachten te kunnen vinden. Zo is het concurrentiebelang in de context van de postbezorging een farce. Het gaat hier niet zozeer om ondernemers die hun eigen bedrijfje runnen. Het gaat meer om wat men in Duitsland *Schein-Selbständigen* noemt. In de discussie kan daarom worden gedifferentieerd tussen enerzijds zzp'ers die werken op het bodemtarief (te denken valt aan het minimumloon) en anderzijds zzp'ers die hogere tarieven kunnen vragen. In het laatste geval kan men spreken van een zzp'er met een daadwerkelijk zelfstandige positie die de bescherming van de cao niet nodig heeft. Het algemeen verbindend verklaren van een dergelijke cao zou de concurrentie inderdaad vervalsen. Het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen die toezien op bodemtarieven van Schein-Selbständigen kan alleen maar in het voordeel van zowel werknemers als zzp'ers in de branche werken. Hier wordt op klassieke wijze voorkomen dat werkgevers elkaar op basis van arbeidsvoorwaarden concurrentie aandoen.



## Sociale zekerheid

Los van deze tariefproblematiek is het van belang om te verkenen hoe de cao de positie van de zzp'er verder kan versterken. Dat sluit aan bij de ontwikkeling dat zzp'ers een steeds groter deel van de arbeidsmarkt vormen. Daarbij is het steeds van belang om de verhouding tussen de zzp'ers en de werknemers – werkzaam op arbeidsovereenkomst – in het oog te houden. Zo moet worden afgewogen in hoeverre in een cao afspraken kunnen worden gemaakt over de positie van de zzp'er met betrekking tot sociale zekerheid en pensioenvoorziening. Dit is niet alleen in het belang van de zzp'er (wiens primaire verantwoordelijkheid dit is) maar ook in het belang van de werknemer. De roep om minimumvoorzieningen

en ook de zorgen over het (financiële) draagvlak van de bestaande voorzieningen voor werknemers als gevolg van de toename van het aantal zzp'ers rechtvaardigen op zijn minst de afweging van voor- en nadelen van cao-afspraken voor zzp'ers op deze terreinen. Zo kunnen zelfstandigen in Oostenrijk via een zogenaamde opt-inregeling deelnemen aan de ww-regeling. De cao-afspraken over zzp'ers zouden daadwerkelijk moeten leiden tot verbetering en versterking van de positie van zzp'ers. Dat kan zoals gezegd gericht zijn op de sociale zekerheid en pensioenvoorziening, maar bijvoorbeeld ook op mogelijkheden van opleiding en scholing en op de borging en beoordeling van de kwaliteit van de prestaties van de zzp'er, zonder dat daardoor een gezagsverhouding ontstaat die tot een arbeidsovereenkomst zou leiden.

### Rol overheid

De rol van de overheid bij de totstandkoming van de Cao Postbezorgers is opvallend. Niet alleen lijkt de overheid – i.c. het ministerie van Economische Zaken – zich een inhoudelijk oordeel over de cao aan te meten, ze maakt de liberalisering van de postmarkt daarvan zelfs mede afhankelijk. Bovendien zorgt de overheid middels wetgeving voor een 'stok achter de deur'. Dat lijkt sterk op de wijze waarop de overheid in de jaren '80 de cao's in de semi-overheidssectoren (zorg, openbaar vervoer, sociale zekerheid) controleerde. Destijds waren er wetten die de arbeidsvoorwaarden in door de overheid gefinancierde sectoren inhoudelijk konden meebepalen, door ongewenste cao-ontwikkelingen te verbieden of te bevriezen. Die wetten bleken echter strijdig met bepalingen van de International Labour Organisation (ILO), die selectieve ingrepen in de arbeidsvoorwaarden (slechts betrekking hebbend op een gedeelte van de economische sectoren) verbieden. Bovendien zegt de ILO dat de overheid de onderhandelingsvrijheid van private werkgevers en werknemers moet respecteren. De wetten werden om die reden ingetrokken. Het enige verschil met de jaren '80 is dat de overheid zich nu wil bemoeien met cao-afspraken in private sectoren.

Zoals hierboven gezegd heerst verdeeldheid tussen de ministeries van SZW en EZ over de vraag of cao-bepalingen met betrekking tot tarieven voor zelfstandigen voor avv in aanmerking komen. Het lijkt ons verstandig daarbij te differentiëren naar het type zelfstandige. Indien de NMa haar zin krijgt, worden ook Schein-Selbständigen die tegen een laag tarief werken minimale arbeidsvoorwaarden onthouden. Door de minimumtarieven voor zzp'ers in de cao te garanderen, kan de neerwaartse concurrentie op arbeidsvoorwaarden worden voorkomen. Dit is ook in het voordeel van werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. De bescherming van de arbeidsovereenkomst, de cao en de avv-cao zijn voor de zzp'er die werkt volgens het bodemtarief daarom onontbeerlijk.

### Wet- en regelgeving

In de Wet cao, die dateert van 1927, wordt in artikel 1 lid 1 aangegeven wat onder een cao wordt verstaan: "De overeenkomst waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen." Maar deze omschrijving wordt in lid 2 onmiddellijk als volgt aangevuld: "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." Met andere woorden: in een cao kunnen afspraken gemaakt worden die betrekking hebben op zzp'ers.

De Wet avw maakt het mogelijk dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid cao-bepalingen algemeen verbindend verklaart (avv). Voorwaarde hiervoor is dat één of meer bij de cao aangesloten werkgevers of verenigingen daarom verzoeken. De cao-bepalingen dienen reeds te gelden voor een belangrijke meerderheid van de in een bedrijfstak in Nederland of een deel daarvan werkzame personen. Een avv-cao, met vaste tarieven of minimumtarieven voor zelfstandigen, is bindend voor alle in de betrokken bedrijfstak in Nederland of een deel daarvan werkzame personen. Een afspraak tussen een opdrachtnemer en een opdrachtgever die strijdig is met een dergelijke cao-bepaling, is nietig. In plaats daarvan geldt de algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling. Als er individueel niets is afgesproken over tarieven geldt de algemeen verbindend verklaarde tariefbepaling.

Indien een cao-bepaling over vaste tarieven of minimumtarieven voor zelfstandigen de mededinging beperkt, levert dit strijd op met artikel 81 EG Verdrag. Een dergelijke cao-bepaling kan de intracommunautaire handel ongunstig beïnvloeden. De avv van een cao-bepaling die de mededinging beperkt, leidt nog eens tot een versterking van die verboden afspraak. Een dergelijk avv-besluit is daarom in strijd met artikel 10 en artikel 81 EG en moet door de nationale rechter en andere overheidsorganen in voorkomende gevallen buiten toepassing worden gelaten.

Honorering van een verzoek tot algemeenverbindendverklaring van een met artikel 81 EG strijdige cao-bepaling zal in de praktijk niet geschieden. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft in paragraaf 5.1 van het Toetsingskader avv aangegeven geen cao-bepalingen algemeen verbindend te verklaren die kennelijk in strijd zijn met dwingendrechtelijke voorschriften waarvan geen afwijking bij cao is toegestaan. Daarnaast is in de Memorie van Toelichting bij artikel 16 Mw benadrukt dat cao-bepalingen die naar hun aard en doel buiten het sociale domein vallen, niet voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen.