



ADVIES

CRB 2022-0790

**Toepassing van het mededingingsrecht
op de collectieve overeenkomsten voor
zelfstandigen zonder personeel**

CCE
Conseil Central de l'Economie
Centrale Raad voor het Bedrijfsleven
CRB





Advies

Toepassing van het mededingingsrecht op de collectieve overeenkomsten voor zelfstandigen zonder personeel

**Brussel,
23.03.2022**

Inbehandelingneming

Per e-mail van 23 april 2021 heeft de heer P.-Y. Dermagne, minister van Economie, de bijzondere raadgevende commissie Mededinging om advies gevraagd over een initiatief van de Europese Commissie, dat werd gepubliceerd op 6 januari 2021, betreffende de collectieve overeenkomsten voor zelfstandigen en de toepassing van de mededingingsregels van de Europese Unie. In het kader van dit initiatief, in de vorm van een openbare raadpleging, werd de vraag overwogen of het wenselijk zou zijn het toepassingsgebied van het Europese mededingingsrecht te beperken, opdat het in de toekomst niet langer een belemmering zou vormen voor het sluiten van collectieve overeenkomsten betreffende de arbeidsomstandigheden tussen zelfstandigen zonder personeel en hun tegenpartij. In het initiatief werden 4 beleidsopties ontwikkeld, die moeten worden omgezet in hetzij een voorstel voor een verordening, hetzij een ontwerp van richtsnoeren, en waarover minister Dermagne aan de brc Mededinging vroeg zich voor 14 mei 2021 uit te spreken.

Tijdens zijn vergadering van 28 april 2021 had het dagelijks bestuur van de CRB van zijn kant de wens uitgedrukt om het onderzoek van de adviesvraag in een breder kader te plaatsen dan dat van de bijzondere raadgevende commissie Mededinging, en had het beslist dat een nog op te richten subcommissie van de CRB zich bij de bijzondere raadgevende commissie Mededinging zou aansluiten, na het akkoord van haar voorzitter, de heer Bourgeois.

De bijzondere raadgevende commissie Mededinging en de subcommissie Collectieve overeenkomsten voor zelfstandigen van de CRB zijn tweemaal bijeengekomen (op 25 mei 2021 en op 10 juni 2021). Aangezien de twee voorontwerpen van advies die achtereenvolgens ter bespreking werden voorgelegd niet konden worden voltooid wegens meningsverschillen tussen de leden en de ruime overschrijding van de deadline om het advies uit te brengen, werd de adviesvraag van de minister irrelevant.

Op 10 januari 2022 is mevrouw Vernet (hoofd van de eenheid die belast is met het European Competition Network (Europees mededingingsnetwerk) en met de toepassing van de regels door de particulieren bij het DG Mededinging), op uitnodiging van de brc Mededinging, het pas door de Europese Commissie opgestelde ontwerp van richtsnoeren komen voorstellen betreffende de toepassing van het mededingingsrecht op collectieve overeenkomsten voor zelfstandigen zonder personeel. Dit ontwerp gaf gevolg aan de bovenvermelde openbare raadpleging, die sindsdien was beëindigd.

Enkele dagen later heeft de heer P.-Y. Dermagne, minister van Economie, bij brief van 22 januari 2022 de bijzondere raadgevende commissie Mededinging om advies gevraagd over het ontwerp van richtsnoeren. De deadline voor het uitbrengen van het advies werd vastgelegd op 28 februari 2022.

Naar aanleiding van deze adviesvraag werd een voorontwerp van advies opgesteld en werd het tijdens de vergaderingen van 23 februari en 7 maart 2022 besproken. Tijdens de laatste vergadering werd het tijdens de besprekingen duidelijk dat het, behalve voor de inleidende delen, niet mogelijk zou zijn om overeenstemming te bereiken over het innemen van gemeenschappelijke standpunten. Om die reden is het nu voorliggende advies een verdeeld advies. Het werd op 23 maart 2022 goedgekeurd door de plenaire vergadering van de CRB en door de brc Mededinging, dit na een schriftelijke procedure.

Problematiek

Terwijl het Europese mededingingsrecht het recht op collectieve onderhandelingen niet in de weg staat voor werknemers en schijnzelfstandigen die door de rechtspraak als werknemers zijn aangemerkt¹, kan hetzelfde niet worden gezegd van de "echte" zelfstandigen zonder personeel (hieronder "ZZP's" genoemd), waarvan het aantal in de EU snel toeneemt.

In het Europese mededingingsrecht zijn zelfstandigen, met inbegrip van de ZZP's, economische operatoren die moeten worden beschouwd als "ondernemingen"² en wordt hun, krachtens dit statuut, verboden overeenkomsten te sluiten of praktijken 'tussen ondernemingen' in te voeren die indruisen tegen de wetgeving betreffende de kartels en afspraken (cf. artikel 101 VWEU). Niettemin genieten ze, als individuen die een werk verrichten, een recht op collectieve onderhandeling.

De afgelopen jaren heeft de arbeidsmarkt evenwel veranderingen ondergaan die werden veroorzaakt door verschillende factoren: onderaanneming en uitbesteding van de dienstenactiviteiten aan ondernemingen; de digitalisering van de productieprocessen en van de arbeidsbetrekkingen; de opkomst van de platformeconomie en, parallel daarmee, de aanlevering van arbeidskrachten via die platformen.

Volgens de Europese Commissie staat deze evolutie elke verbetering van de arbeidsvoorwaarden van de ZZP's via een collectieve onderhandeling in de weg, aangezien elke overeenkomst die zou voortvloeien uit een dergelijke onderhandeling zou kunnen vallen onder de overeenkomsten die door artikel 101 VWEU als verboden worden beschouwd. Deze complicatie ontraadt hen, want ze vrezen ofwel dat hun tegenpartijen het argument van verbod aanhalen om de onderhandeling te vermijden, ofwel dat ze in het vizier van de mededingingsautoriteiten komen, die hen dan zouden kunnen sanctioneren.

Daarom heeft het ontwerp van richtsnoeren van de Europese Commissie dat voor advies is voorgelegd aan de leden van de brc Mededinging tot doel de ZZP's te helpen met het wegnemen van de onzekerheid die momenteel voor hen heerst rond het vraagstuk van de toegang tot de collectieve onderhandeling en, bijgevolg, omtrent de mogelijkheid om collectieve overeenkomsten te sluiten, zonder het risico te lopen dat die laatste op het eerste gezicht een inbreuk zouden inhouden op artikel 101 VWEU.

Dit ontwerp van richtsnoeren past overigens binnen een geheel van maatregelen, waaronder een voorstel voor een richtlijn betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk [\[COM\(2021\) 762\]](#).

¹ Zie HvJ-EU, arresten [Albany](#) en [FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden](#).

² Sinds het [arrest-Höfner](#) dat op 23 april 1991 werd uitgesproken, heeft het HvJ-EU een functionele en extensieve opvatting van het begrip 'onderneming' aangenomen: elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, wordt beschouwd als een onderneming in de betekenis van het gemeenschapsrecht, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Bovendien is het vaste rechtspraak dat het feit dat goederen en diensten op een bepaalde markt worden aangeboden, het begrip economische activiteit kenmerkt.

Beknopt overzicht van de inhoud van het ontwerp van richtsnoeren

De brc Mededinging en de CRB merken op dat de terminologie die voorkomt in dit beschrijvende deel, zoals in de voorafgaande delen, de terminologie is die in het ontwerp van richtsnoeren wordt gebruikt. Over deze terminologie bestaat evenwel lang geen eensgezindheid bij de leden van de brc Mededinging en van de CRB en zullen opmerkingen worden geformuleerd in het deel "Advies".

Het ontwerp van richtsnoeren preciseert op welke ZZP's en welke soort van collectieve onderhandelingen/overeenkomsten de richtsnoeren van toepassing zijn. Het geeft ook verduidelijkingen over de categorieën van collectieve overeenkomsten die buiten het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU vallen en die welke binnen het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU vallen, maar tegenover welke de Europese Commissie niet zal ingrijpen.

Volgens de Europese Commissie zou deze aanpak de ZZP's in staat moeten stellen te bepalen wanneer het mededingingsrecht hen al dan niet belet collectieve overeenkomsten te sluiten. Het ontwerp van richtsnoeren preciseert evenwel dat het geen afbreuk doet:

- aan de prerogatieven van de lidstaten in het kader van het sociaal beleid of de autonomie van de sociale partners;
- aan de definities van de termen 'werknemer' of 'zelfstandige' in de nationale wetgeving;
- aan de bevoegdheden van de lidstaten of de sociale partners ten aanzien van de organisatie van collectieve onderhandelingen in het kader van het arbeidsrecht;
- aan de mogelijkheid voor de partijen om hun arbeidssituatie te herkwalificeren (of voor de bevoegde autoriteiten/rechtbanken om dergelijke gevallen te beoordelen) in het kader van nationaal of EU-recht;
- aan elke verdere interpretatie door het HvJ EU van artikel 101 VWEU in verband met collectieve overeenkomsten.

Welke ZZP's vallen onder het ontwerp van richtsnoeren?

De ZZP's die vallen onder het ontwerp van richtsnoeren zijn: verstrekkers van diensten zonder werknemers, die geen arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking hebben en die hoofdzakelijk door middel van hun eigen arbeid diensten verrichten.

De ondernemingen/tegenpartijen (in casu platformen of professionele klanten) vallen hier eveneens onder wanneer ze met de ZZP's onderhandelen over hun arbeidsvoorwaarden.

Bij welke soort van collectieve onderhandelingen/overeenkomsten zijn de onder het ontwerp van richtsnoeren vallende ZZP's betrokken?

Alle collectieve onderhandelingen/overeenkomsten voor zover ze ertoe strekken "de arbeidsvoorwaarden (met inbegrip van de beloning)" van de ZZP's te verbeteren.

De collectieve onderhandelingen/overeenkomsten die verder zouden gaan dan de verbetering van de arbeidsvoorwaarden en die, bijvoorbeeld, tot doel zouden hebben de markt te verdelen of (tarifaire of commerciële) voorwaarden op te leggen aan de consumenten, vallen hier niet onder.

Welke categorieën van collectieve overeenkomsten waarbij ZZP's betrokken zijn, vallen buiten het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU?

Het betreft de collectieve overeenkomsten over de arbeidsomstandigheden van ZZP's die zich "in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van de werknemers". De Europese Commissie stelt hiertoe de volgende drie categorieën voor:

- de ZZP die economisch afhankelijk is, d.w.z. wie zijn diensten exclusief of voornamelijk aan één tegenpartij verstrekt voor minstens 50% van zijn totaal jaarlijks beroepsinkomen;
- de ZZP die "zij aan zij" met werknemers voor de tegenpartij dezelfde of vergelijkbare taken uitvoert³;
- de ZZP die zijn of haar diensten verleent aan een digitaal arbeidsplatform⁴, met uitzondering van de intermedieeringsplatformen. Het weerspiegelt de groeiende tendens van de nationale jurisprudentie en van de onlangs ingevoerde wetgeving, waarin zijn economische afhankelijkheid wordt erkend wanneer de feitelijke situatie voldoet aan een aantal vooraf vastgestelde objectieve criteria.⁵

Het begrip 'digitaal arbeidsplatform' is hetzelfde als het begrip dat voorkomt in het hierboven genoemde voorstel voor een richtlijn van de Europese Commissie betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk [COM (2021) 762]. In het algemeen omvat deze definitie alle platformen die op een of andere manier het werk organiseren en een bepaalde impact hebben op de manier waarop het werk wordt uitgevoerd. Ze sluit "matchmaking platforms" uit die alleen de contacten tussen geschikte gesprekspartners initiëren.

Wat zijn de collectieve overeenkomsten waarbij ZZP's betrokken zijn, die vallen onder het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU, maar ten overstaan waarvan de Europese Commissie zich ertoe verbindt niet in te grijpen?

Het betreft de collectieve overeenkomsten over de arbeidsvoorwaarden van ZZP's die zich in een 'onevenwichtige onderhandelingspositie' bevinden en die daardoor weinig invloed hebben op hun arbeidsvoorwaarden. De Europese Commissie stelt hiertoe de volgende drie categorieën voor:

- De ZZP die onderhandelt met een tegenpartij met een zeker niveau van economische macht en die aldus over onvoldoende onderhandelingsmacht beschikt om zijn arbeidsomstandigheden te beïnvloeden.

Dat is met name het geval wanneer de ZZP's onderhandelen met tegenpartijen die de hele sector of bedrijfstak vertegenwoordigen. Hetzelfde geldt voor de gevallen waarin de ZZP's onderhandelen met een tegenpartij wiens totale jaarlijkse omzet meer dan 2 miljoen euro bedraagt of bij wie het aantal werkzame personen groter is dan of gelijk aan 10, of met meerdere tegenpartijen die samen een van deze drempels overschrijden.

Hier is dus het geval uitgesloten waarin de ZZP's onderhandelen met een micro-onderneming;

3 Deze realiteit is echter in de praktijk in verschillende lidstaten erkend. Collectieve overeenkomsten zijn er van toepassing op werknemers en ZZP's die actief zijn in dezelfde sector.

4 Volgens punt 30 van het ontwerp van richtsnoeren: "Zijn platformen die het werk van de individuele personen niet organiseren maar alleen een middel aanbieden waardoor de zelfstandigen zonder personeel eindgebruikers kunnen bereiken, geen digitale arbeidsplatformen."

5 Sommige lidstaten hebben wetgeving aangenomen die een vermoeden van een arbeidsbetrekking of het recht op collectieve onderhandelingen vaststelt voor de dienstverleners aan digitale platformen of via de bemiddeling van die platformen.

- De ZZP van wie de nationale wetgever, met het oog op sociale doelstellingen, actie heeft ondernomen om dat onevenwicht in onderhandelingsmacht aan te pakken, door: (1) uitdrukkelijk het recht op collectieve onderhandelingen toe te kennen of (2) collectieve overeenkomsten van zelfstandigen in bepaalde beroepen uit te sluiten van het toepassingsgebied van het nationale mededingingsrecht;
- De ZZP die valt onder de auteursrechtenrichtlijn.

ADVIES

Standpunt van de leden die de meest representatieve organisaties uit de nijverheid, de diensten, de landbouw, de handel, de middenstand, het ambachtswezen en de niet-commerciële sector vertegenwoordigen

1. Algemene opmerkingen

De leden die de meest representatieve werkgeversorganisaties vertegenwoordigen benadrukken dat collectieve vertegenwoordiging al bestaat voor zelfstandigen, via de representatieve interprofessionele organisaties van de Middenstand (UNIZO, UCM), via de erkende beroepsorganisaties (bv. GTL-Taxi voor de taxisector) of binnen de beroepsordes (bv. artsen, architecten ...). In de schoot van het Algemeen Beheerscomité voor de Zelfstandigen en binnen de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO zijn de zelfstandigen al vertegenwoordigd; ze voeren er onder andere sociaal overleg.

Geen enkele regeling, met inbegrip van de richtsnoeren, mag raken aan de kernelementen van het socialezekerheidsrecht en het arbeidsrecht, met inbegrip van de wet op de arbeidsrelaties. Zo moet voor alle zelfstandigen de vrijheid van arbeidstijd, de vrijheid van arbeidsorganisatie, de afwezigheid van enige hiërarchische controle en de wil van de individuele partijen te allen tijde gegarandeerd blijven.

De Europese Commissie beoogt niet alleen gunstigere arbeidsvoorwaarden voor een bepaalde groep, maar wil ook tegemoetkomen aan onvoldoende geïdentificeerde sociale en socialezekerheidsproblemen, zonder rekening te houden met de nationale context (bv. bij een inkomsterval omwille van COVID-19 zijn zelfstandigen in België gedekt dankzij het crisis-overbruggingsrecht). Ze wenst deze problemen op te lossen via uitzonderingen op het mededingingsrecht, in plaats van de concrete sociale problemen aan te pakken.

De leden die de meest representatieve werkgeversorganisaties vertegenwoordigen, staan dan ook zeer kritisch tegenover het initiatief van de Europese Commissie, en vrezen dat de richtsnoeren tot veel praktische en fundamentele problemen zullen leiden. De scheidingslijn tussen werknemers en ondernemingen, en de manier waarop zij hun collectieve onderhandelingen mogen voeren, mogen niet vervagen, zelfs niet indirect. Er moet te allen tijde worden vermeden dat mechanismen die een rol spelen in de werknemersrelatie worden ingebracht in de relatie tussen ondernemingen onderling. Zij menen dat dit initiatief een stap is in de richting van een derde statuut, naast het werknemers- en het zelfstandigenstatuut. Dit moet absoluut worden vermeden.

Het toelaten van collectieve onderhandelingen zou ook leiden tot een grote prijsdruk. Stel dat een aantal zelfstandige consultants een overeenkomst afsluiten met een groot bedrijf in de Antwerpse petroleumsector, dan ontstaat een opwaartse druk voor alle bedrijven in die sector. De effecten zullen uiteindelijk doorsijpelen in de consumentenprijs.

De leden die de meest representatieve werkgeversorganisaties vertegenwoordigen, menen om de bovenstaande redenen dat de problemen waaraan dit initiatief is gewijd, moeten worden onderzocht in het kader van andere wetgevingen dan het mededingingsrecht. Directe regulering van de contractvoorwaarden en verdere ontwikkeling van de 'platform-to-businessverordening' zouden een eenvoudigere, rechtszekere en meer evenredige manier zijn om de bescherming te garanderen van zelfstandigen die zich werkelijk in een zwakke onderhandelingspositie bevinden. Directe regulering van de contractvoorwaarden zou ook voor alle ondernemers gelijk zijn, waardoor het kunstmatige onderscheid tussen ondernemingen met of zonder werknemers niet gemaakt moet worden.

In hoofdorde beklemtonen zij dat zij het dan ook niet wenselijk vinden dat de richtsnoeren uitgevaardigd worden.

In ondergeschikte orde achten zij het noodzakelijk om toch hun opmerkingen over de inhoud van de richtsnoeren verder te formuleren.

1.1 *Te ruime categorieën gaan voorbij aan de diverse realiteit*

De leden die de meest representatieve werkgeversorganisaties vertegenwoordigen, wijzen erop dat de zelfstandigen geen homogene groep vormen en dat hun diversiteit heel wat ruimer is dan die welke wordt opgevangen door het onderscheid tussen de zelfstandigen zonder personeel (ZZP's) en die met personeel. Deze diversiteit komt overigens ook tot uiting binnen de categorie van de ZZP's zelf, en binnen de groep van ZZP's waarop het voorstel voor richtsnoeren gericht is.

De Europese Commissie bakende ruime categorieën van ZZP's af, maar verantwoordt deze categorieën niet door middel van een objectieve onderbouwing. De beoogde categorieën stemmen niet overeen met de daadwerkelijke economische onevenwichten of sociale kwetsbaarheden. Evenmin wordt de nationale context en wetgeving in ogenschouw genomen.

Door gebrek aan enig criterium dat rekening houdt met de concrete situatie en machtsverhoudingen tussen de ZZP's en hun tegenpartij, houden de categorieën onvoldoende rekening met de diverse realiteit. Zo zijn er bepaalde sectoren waar er een tekort geldt aan diensten die worden aangeboden door de ZZP's. Ook al verwerft een zelfstandige die in een dergelijke sector werkt minstens 50% van zijn totaal jaarlijks beroepsinkomen via één tegenpartij, toch zal hij beschikken over voldoende onderhandelingsmacht. Er kunnen tal van voorbeelden worden aangehaald, die illustreren dat een zelfstandige, ook al valt hij onder één van de vooropgestelde categorieën, zich daardoor niet per definitie in een zwakkere onderhandelingspositie bevindt.

2. *Aangaande de inhoud van het gekozen rechtsinstrument*

2.1 *Aangaande de gebruikte terminologie*

De door de Europese Commissie gebruikte terminologie is betwistbaar omdat ze bijna volledig geënt is op de collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers. Dit is in casu ongepast, aangezien het gaat om collectieve commerciële onderhandelingen tussen ondernemingen, die aanleiding geven tot collectieve overeenkomsten van commerciële en niet-regelgevende aard. Zo

moeten de begrippen "collectieve arbeidsovereenkomsten", "vaststelling van de beloning", "werktijden en werkroosters", "vakantie" (niet-limitatieve lijst) worden gewijzigd om beter aan te sluiten bij de commerciële realiteit en het vrij verrichten van diensten.

Verduidelijking van de begrippen is noodzakelijk om elke verwarring te vermijden met het sociaal overleg dat in de wereld van de bezoldigde arbeid wordt toegepast. Het vrijwillige en facultatieve karakter van de collectieve onderhandelingen moet worden gewaarborgd voor elke ZZP, overeenkomstig zijn vrijheid als ondernemer.

2.2 Aangaande de inhoud van de beoogde collectieve overeenkomsten

Punt 16 van het ontwerp van richtsnoeren is problematisch. Het suggereert dat, wanneer de ZZP's besluiten om hun diensten aan een tegenpartij op te schorten, omdat ze niet bereid is onderhandelingen aan te vatten, dit (onder bepaalde voorwaarden) ook deel kan uitmaken van de vrijstelling van artikel 101. Hoewel de richtsnoeren tot het domein van het mededingingsbeleid behoren, is het belangrijk op te merken dat, overeenkomstig artikel 153 van het EU-Verdrag (sociaal beleid), de EU niet bevoegd is om in te grijpen in het stakingsrecht of in het recht om lock-outs op te leggen. In het bijzondere geval van de kleine tegenpartijen zou dit hen in een onnodig zwakke onderhandelingspositie brengen. Bijgevolg wordt aan de Europese Commissie gevraagd dit punt van het ontwerp van richtsnoeren te schrappen.

De leden die de meest representatieve werkgeversorganisaties vertegenwoordigen wijzen erop dat zelfstandigen in België reeds een uitgebreide sociale bescherming genieten, zoals arbeidsongeschiktheidsuitkeringen bij ziekte en arbeidsongevallen, moederschapsrust, overbruggingsrecht bij overmacht... De richtsnoeren moeten onderwerpen waarvoor een nationale of Europese bescherming of regeling bestaat uitsluiten van collectieve onderhandelingen.

2.3 Te verregaande uitzondering op het mededingingsrecht

Het is belangrijk de richtsnoeren te beperken tot de prestatievoorwaarden, want dat maakt het mogelijk het noodzakelijke evenwicht te bereiken tussen de ondersteuning van de collectieve toegang van sommige ZZP's die zich in een onevenwichtige onderhandelingspositie bevinden tot opleiding, tot verzekeringsdekking enz., en tegelijk de toepassing van de mededingingsregels op de commerciële aspecten te vrijwaren. De punten 14 en 18 van het ontwerp van richtsnoeren zijn in dit opzicht belangrijk.

Het is echter niet passend de gezamenlijke overeenkomsten/onderhandelingen van de ZZP's met andere ondernemingen tot vaststelling van vergoedingen/prijzen vrij te stellen van het mededingingsbeleid. Overeenkomsten tussen zelfstandigen die met elkaar concurreren om bepaalde diensten te verrichten, om de prijzen vast te stellen, vormen een "hard" kartel. Met name baart het collectieve onderhandelingsrecht over de prijzen en diensten de leden die de meest representatieve werkgeversorganisaties vertegenwoordigen ernstige zorgen. Dit kan leiden tot prijscoördinatie, wat een aanzienlijk negatief effect kan hebben op de markt en uiteindelijk op de consumentenprijzen.

In dezelfde optiek zullen bepaalde akkoorden richtinggevend zijn voor de ruimere sector of andere sectoren, een effect dat versterkt zal worden door het te ruime toepassingsgebied van de richtsnoeren als gevolg van de te abstracte economische criteria (cf. 2.4). Ondernemingen zullen gedwongen zijn gelijkwaardige vergoedingen aan te bieden, willen ze nog een beroep kunnen doen op dienstverleners, zelfs wanneer er in de concrete situatie geen collectief akkoord werd afgesloten of de richtsnoeren niet van toepassing zijn. Er zal dus sprake zijn van een prijsdruk die onvermijdelijk zal doorsijpelen in de consumentenprijzen.

2.4 Te abstracte economische criteria

Het mededingingsrecht heeft als doel de vrije concurrentie te vrijwaren, rekening houdend met de relevante markt en de marktpositie van de partijen op deze markt. Met deze richtsnoeren worden echter andere, statische en willekeurige criteria ingevoerd zonder enige aftoetsing met de betrokken markt waarop de diensten van de ZZP's betrekking hebben, wat haaks staat op de economische en dynamische benadering die het mededingingsrecht normaliter beoogt.

De abstracte economische criteria die gebruikt worden om de categorieën van ZZP's te definiëren gaan bovendien voorbij aan de zeer uiteenlopende diversiteit in de praktijk. Deze criteria dienen daarom te worden verfijnd, waarbij een risicogebaseerde aanpak de voorkeur dient te genieten, en waarbij de maatregelen in verhouding moeten staan met de problemen die men beoogt aan te pakken. In plaats van zich te baseren op de te abstracte criteria, moet er worden gekeken naar de werkelijke werkomstandigheden van de zelfstandigen. Met name moet het mogelijk blijven om door middel van een weerlegbaar vermoeden aan te tonen dat de zelfstandige zich in werkelijkheid niet in een zwakke onderhandelingspositie bevindt, waardoor art. 101 VWEU wel weer van toepassing zou zijn.

2.5 Aangaande het vraagstuk van de rechtszekerheid

De abstracte en kunstmatige afbakening van bepaalde groepen ZZP's zorgt ervoor dat heel wat juridische vragen rijzen wanneer deze zelfstandigen geconfronteerd worden met veranderende omstandigheden. De statische benadering van de markt is problematisch, en zal tot heel wat rechtsonzekerheid voor de zelfstandige zonder werknemer leiden. Enkele voorbeelden: zelfstandigen kunnen zeer snel wisselen van handelspartner; wat gebeurt er indien de grens van 50% van de omzet verworven bij dezelfde tegenpartij hierdoor niet meer behaald wordt? Wat gebeurt er indien een zelfstandige – al is het maar voor korte tijd - een werknemer in dienst neemt? Ook hier biedt het pleidooi om zich eerder te baseren op de werkelijke werkomstandigheden van de zelfstandige soelaas.

De richtsnoeren bieden geen enkele garantie van rechtszekerheid om de herkwalificatie uit te sluiten van het sociaal statuut van dienstverleners die collectieve overeenkomsten zouden sluiten, ten aanzien van een tegenpartij waarmee zij een dergelijke collectieve overeenkomst zouden hebben gesloten. Tegenpartijen die bepaalde individuele of collectieve sociale voordelen zouden willen toekennen aan de ZZP's met wie ze een handelsovereenkomst voor het verrichten van diensten sluiten, moeten immers meer rechtszekerheid krijgen, opdat deze eventuele nieuwe sociale voordelen niet leiden tot een automatische herkwalificatie van de handelsrelatie als een bezoldigde arbeidsrelatie.

2.6 Aangaande de criteria die “de zelfstandigen zonder personeel die vergelijkbaar zijn met werknemers” definiëren

2.6.1 Het ‘drempelcriterium’

De leden die de meest representatieve werkgeversorganisaties vertegenwoordigen zijn van oordeel dat het criterium van 50% van de omzet willekeurig is en in geen geval absoluut mag zijn. Zoals reeds eerder werd aangehaald, zullen sommige ZZP's, zelfs als ze deze kwantitatieve drempel overschrijden, in een positie van economische dominantie blijven ten opzichte van hun tegenpartij. Dat zal met name het geval zijn wanneer de expertise of de kwalificatie van de ZZP van dien aard zijn dat ze hem een gunstigere onderhandelingspositie verlenen, en dat integendeel de tegenpartij kwetsbaarder is. Er moet bijgevolg bij de beoordeling van de economische dominantie rekening worden gehouden met kwalitatieve criteria.

Bovendien kunnen andere factoren dan het aandeel van het inkomen een rol spelen in de economische afhankelijkheid. Zij zijn dan ook van oordeel dat het wenselijk zou zijn te onderzoeken of ze niet ook mee in aanmerking zouden moeten worden genomen in de context van deze richtsnoeren.

In ondergeschikte orde zouden de leden die de meest representatieve werkgeversorganisaties vertegenwoordigen, een dergelijk 'drempelcriterium' in overweging kunnen nemen, aangezien dit bevorderlijk is voor de totstandbrenging van rechtszekerheid tussen de betrokken partijen, maar op voorwaarde dat het hoger is dan 50%, dat het wordt onderzocht in combinatie met andere criteria en dat de partijen in staat zijn het vermoeden van economische afhankelijkheid te weerleggen op basis van de feitelijke elementen.

2.6.2 Het criterium van 'arbeid zij aan zij'

Het loutere feit dat een ZZP zij aan zij met werknemers presteert, zou niet mogen leiden tot om het even welke conclusie over de werkelijke aard van een relatie. Wat van belang is, zijn de reële voorwaarden waaronder de zelfstandige arbeid wordt uitgeoefend, en meer bepaald de graad van vrijheid die de zelfstandige geniet met betrekking tot het moment en de manier waarop hij zijn taken uitvoert. De toepassing van dit deel van de richtsnoeren zou strikter moeten zijn, om te garanderen dat het enkel betrekking heeft op zeer specifieke gevallen van onevenwichtige onderhandelingsmacht.

Bovendien zijn de criteria van deze tweede categorie bijna identiek aan de jurisprudentiële criteria van de schijnzelfstandigen (Arrest FNV Kunsten). Zoals eerder werd aangehaald, veroorzaakt dit een grote rechtsonzekerheid, omdat, naar gelang van het geval, de regels van het arbeidsrecht voor werknemers (sociaal overleg, cao's, algemene reikwijdte ...) of eerder specifieke onderhandelingsregels en overeenkomsten die verenigbaar zijn met het mededingingsrecht zouden moeten worden toegepast.

2.6.3 Het criterium van het 'digitaal arbeidsplatform'

De leden die de meest representatieve werkgeversorganisaties vertegenwoordigen zijn geen voorstander van het hanteren van het criterium van het "digitaal arbeidsplatform". Het is onaanvaardbaar dat het DG COMP voorstelt alle werknemers van platformen vrij te stellen van de mededingingsregels, door van het onweerlegbaar vermoeden uit te gaan dat zij zich allen in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van werknemers, terwijl het DG EMPL, in zijn ontwerprichtlijn COM(2021) 762 DEF, 5 criteria van loondienst voorstelt, waarvan er 2 volstaan om onweerlegbaar te vermoeden dat een platformwerker een werknemer is.

In ondergeschikte orde zal het, wegens de moeilijkheid om dat criterium in de praktijk toe te passen, niet altijd evident zijn te bepalen of een platform enkel een intermediaire rol speelt, of dat het ook de daadwerkelijke prestatie organiseert. De architectuur zelf van het platform kan immers van invloed zijn op de autonomie van de dienstverleners, hun prestatievoorwaarden en hun inkomens. Zij zijn bijgevolg van oordeel dat er bijkomende elementen moeten worden voorgesteld, die het mogelijk maken de door een platform gespeelde rol beter te evalueren.

2.7 Aangaande de toepassingsprioriteiten die door de Commissie worden gevolgd inzake de "ZZP's die zich in een situatie van onevenwichtige onderhandelingsmacht bevinden"

Het ontwerp van richtsnoeren vermeldt dat een onevenwichtige onderhandelingsmacht bestaat als de ZZP's over collectieve overeenkomsten onderhandelen of deze sluiten met een tegenpartij bij de onderhandelingen die: a) hetzij een 'zeker niveau van economische macht' heeft aangezien ze een hele sector of bedrijfstak vertegenwoordigt, b) hetzij over een totale jaarlijkse omzet van meer dan 2

miljoen euro beschikt, of bij wie het aantal werkzame personen groter is dan of gelijk aan 10, of met meerdere tegenpartijen die samen een van deze drempels overschrijden.

De leden die de meest representatieve werkgeversorganisaties vertegenwoordigen wijzen erop dat de bovengenoemde vereisten waaraan de tegenpartij(en) moet(en) voldoen, en die betrekking hebben op hun omvang of inkomen, betwistbaar zijn. Net als het bovenstaande criterium van de drempel van 50% van de omzet, zijn de hier voorgestelde drempels om te bepalen of een onderneming een dominante positie inneemt willekeurig en kunnen ze niet absoluut zijn. Er dient ook rekening te worden gehouden met de marktstructuur aan vraagzijde en aan aanbodzijde en met de positie van de partijen op deze markt, en meer bepaald de mogelijkheid voorzien om dat vermoeden te weerleggen wanneer de ZZP zich zelf in een positie van economische dominantie bevindt op de markt van de diensten die hij aanbiedt, wegens specifieke kwalificaties of expertise, en waar de vraag groter is dan het beschikbare aanbod van diensten door de ZZP.

Standpunt van de leden die de consumentenorganisaties en de meest representatieve werknemersorganisaties vertegenwoordigen

1. Algemene opmerkingen

De leden die de consumentenorganisaties en de meest representatieve werknemersorganisaties vertegenwoordigen wensen te beklemtonen dat de ZZP's moeten kunnen deelnemen aan het sociaal overleg (net als alle werknemers, gelet op met name de internationale sociale normen), waarbij de concrete organisatie van dat overleg in de NAR moet worden besproken. Dat overleg zal evenwel noodzakelijkerwijze moeten plaatsvinden door middel van en via de bestaande organisaties en instanties van sociaal overleg.

Deze ZZP's dragen in zekere zin een 'dubbele pet' en een efficiënte en passende bescherming (alsmede een verbetering van hun arbeids- en bestaansvoorwaarden) vergt effectief een grotere transparantie en grotere duidelijkheid. In geen geval en onder geen enkele voorwaarde mogen noch moeten dit debat en deze discussie worden omgeleid en geïnstrumentaliseerd om te komen tot een derde of een intermediair statuut (of dit nu geïnstitutionaliseerd is of slechts "feitelijk"), dat volgens ons alleen maar tot gevolg zou hebben dat alle sociale verworvenheden en veroverde rechten worden aangetast en dat alle normen, beschermingen en rechten van de werknemers in hun geheel naar beneden worden bijgesteld.

De leden die de consumentenorganisaties en de meest representatieve werknemersorganisaties vertegenwoordigen zijn ingenomen met het initiatief van het DG Mededinging van de Europese Commissie, dat erop gericht is de door het mededingingsrecht opgeworpen belemmeringen voor het recht op collectieve onderhandelingen voor ZZP's weg te nemen.

Hoewel dit initiatief het probleem ten gronde niet definitief oplost, reikt het pragmatische oplossingen aan voor sommige specifieke situaties. De situaties die niet expliciet door de richtsnoeren worden beoogd, zullen evenwel geval per geval kunnen worden geanalyseerd, hetgeen van aard is om de huidige onzekerheid te verminderen.

Dit neemt niet weg dat de fundamentele vraag van de interacties en de articulatie tussen het mededingingsrecht en het recht op collectieve onderhandelingen van de ZZP's blijft bestaan; deze twee rechtsstelsels zijn van toepassing op de ZZP's.

Hoewel het mededingingsrechtelijke aspect van de problematiek nu het voorwerp van dit advies uitmaakt, is het ook van essentieel belang dat de sociale partners een reflectie kunnen starten over de aspecten die verband houden met het recht op collectieve onderhandelingen.

Het is van fundamenteel belang dat deze reflectie daartoe kan plaatsvinden in de bestaande sociaaloverlegorganen, teneinde na te denken over de invoering van een kader voor deze collectieve onderhandelingen van de ZZP's (vaststelling van de onderhandelingsniveaus, de plaatsen en actoren van deze onderhandelingen, de vormen en de rechtsgeldigheid van het resultaat van deze onderhandelingen...). De leden die de consumentenorganisaties en de meest representatieve werknemersorganisaties vertegenwoordigen zijn van oordeel dat ze ook gemachtigd zijn om de ZZP's bij collectieve onderhandelingen te vertegenwoordigen, aangezien deze namens hen als werknemers worden gevoerd.

In dit verband verwijzen de leden die de consumentenorganisaties en de meest representatieve werknemersorganisaties vertegenwoordigen naar een bespreking in de Nationale Arbeidsraad over dit onderwerp.

2. Aangaande de aard van het gekozen rechtsinstrument

De leden die de consumentenorganisaties en de meest representatieve werknemersorganisaties vertegenwoordigen zijn verheugd over de keuze voor een niet-bindend rechtsinstrument in het kader van dit initiatief op het gebied van het Europese mededingingsrecht, namelijk richtsnoeren, om de arbeidsvoorwaarden van de ZZP's te verbeteren. Dit initiatief laat bij de toepassing ervan enige flexibiliteit aan de nationale autoriteiten, die er zo nodig van kunnen afwijken. Het belet hen evenmin om hun actiemiddelen zo nodig uit te breiden of strengere bindende normen vast te stellen. Voorts doet het geen afbreuk aan de prerogatieven van de lidstaten noch aan de bevoegdheden van de sociale partners.

Met het ontwerp van richtsnoeren van de Europese Commissie alleen kan echter geen volledige rechtszekerheid worden geboden voor een met de ZZP's gesloten overeenkomst. Een dergelijke overeenkomst zou immers nog steeds door elke partij kunnen worden aangevochten en het voorwerp kunnen uitmaken van een gerechtelijk beroep, op Europees of op nationaal niveau, dat de overeenkomst nietig zou maken.

Het zou nuttig zijn om de regeling zo aan te vullen dat een sterk vermoeden van verenigbaarheid met het Europese mededingingsrecht wordt verbonden aan een collectieve overeenkomst die volgens de Europese Commissie buiten het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU valt of waarvan de Europese Commissie heeft toegezegd ze niet te zullen betwisten.

Voorts is het van essentieel belang dat de Europese Commissie erop toeziet dat deze richtsnoeren in alle lidstaten van de Europese Unie op een homogene en coherente manier worden toegepast, met name door deze richtsnoeren te promoten bij de nationale mededingingsautoriteiten, zonder afbreuk te doen aan de prerogatieven van de lidstaten om gunstigere criteria in te voeren voor het recht op collectieve onderhandelingen van de ZZP's.

3. Aangaande de inhoud van de richtsnoeren

3.1 Algemene opmerkingen

De leden die de consumentenorganisaties en de meest representatieve werknemersorganisaties vertegenwoordigen zijn van oordeel dat in de richtsnoeren de correcte terminologie wordt gehanteerd. Het is niet opportuun dat de richtsnoeren nieuwe begrippen invoeren die het ontstaan van nieuwe instrumenten of actoren in het kader van de collectieve onderhandelingen van de ZZP's zouden kunnen legitimeren. De richtsnoeren benadrukken in dit verband dat ze geen afbreuk doen aan de bevoegdheid van de lidstaten en van de sociale partners om deze begrippen te definiëren.

Het stakingsrecht mag niet het voorwerp zijn van enige beoordeling in het licht van het mededingingsrecht. Het stakingsrecht moet worden beoordeeld in het licht van de grondrechten. Het recht om collectief actie te ondernemen is intrinsiek verbonden aan het recht op collectieve onderhandelingen en moet als gerechtvaardigd worden beschouwd in het licht van de legitieme sociale doelstellingen die door de collectieve actie worden nagestreefd.

Elke verwijzing naar een evaluatie van de noodzaak of van de proportionaliteit van collectieve acties van de ZZP's in het licht van het mededingingsrecht moet uit de richtsnoeren worden geschrapt. Het doel van die laatste bestaat erin rechtszekerheid te garanderen door het recht op collectieve onderhandelingen uit te sluiten van de door het mededingingsrecht opgelegde beperkingen. Er kan geen sprake van zijn het stakingsrecht te onderwerpen aan de beperkingen van het mededingingsrecht. De Europese Unie heeft niet de bevoegdheid om het stakingsrecht te reglementeren, maar zou niettemin de internationale, Europese en nationale regels ter zake moeten naleven.

Het stakingsrecht is een uitvloeisel van de vrijheid van vereniging en is onlosmakelijk verbonden met de daadwerkelijke uitoefening van het recht op collectieve onderhandelingen. De vrijheid van vereniging wordt zonder onderscheid gewaarborgd aan elk individu, met inbegrip van de zelfstandigen.

Artikel 12 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie garandeert aan elkeen het recht om zich bij een vakbond aan te sluiten en artikel 28 voorziet in het recht voor de vakbonden om collectieve acties te ondernemen. Het Handvest moet worden geïnterpreteerd in overeenstemming met de andere internationale en Europese instrumenten op het vlak van de mensenrechten, die duidelijk het recht van de zelfstandigen erkennen om te onderhandelen en collectief actie te ondernemen.

Beperkingen voor het stakingsrecht zijn enkel voor sommige specifieke groepen of in bijzondere omstandigheden toegestaan. Elke restrictie moet naar behoren worden gemotiveerd en door de nationale wetgeving worden voorgeschreven. Richtsnoeren hebben geen kracht van wet en de Europese Commissie heeft geen enkele jurisdictionele autoriteit om het gebruik van het stakingsrecht te beoordelen.

3.2 De ZZP's die zich in een situatie van economische afhankelijkheid bevinden

De leden die de consumentenorganisaties en de meest representatieve werknemersorganisaties vertegenwoordigen zijn van oordeel dat het te beperkend is om de economische afhankelijkheid uitsluitend te beoordelen aan de hand van een drempelpercentage van jaarinkomens (50%) afkomstig van een enkele tegenpartij.

Ten eerste zou een dergelijk percentage op een soepele manier moeten worden beoordeeld. Het kan immers blijken dat die inkomens van jaar tot jaar verschillen of dat in de groep van ZZP's die voor dezelfde tegenpartij werken, sommigen deze drempel bereiken en anderen niet.

Ten tweede zijn er situaties waarin de ZZP zijn inkomen van een derde ontvangt, en niet rechtstreeks van zijn tegenpartij (taxichauffeurs die via een taxicentrale werken, thuisverple(e)g(st)ers die via een vereniging werken...). In al die situaties ontvangt de ZZP zijn inkomen dus niet rechtstreeks van zijn tegenpartij. Het is echter via deze tegenpartij dat de ZZP zijn door een derde betaalde inkomen kan ontvangen. Het is derhalve van primordiaal belang dat dit criterium van economische afhankelijkheid ook betrekking heeft op de situaties waarin de ZZP zijn inkomen via de tegenpartij ontvangt.

Voorts kunnen nog andere factoren een economische afhankelijkheid ten aanzien van een enkele tegenpartij aan het licht brengen (duurzaamheid van de arbeidsbetrekking, niet-mededingingsclausule, integratie in de arbeidsorganisatie van de opdrachtgever, gebruik van instrumenten of procedures die door de opdrachtgever worden verstrekt of vastgesteld...).

Tot slot is het van essentieel belang dat de toepassing van dit criterium de groep van ZZP's die zich in dezelfde arbeidssituatie bevinden niet verdeelt, zelfs als een deel van de groep aan dit criterium

voldoet en een ander deel van de groep dat niet doet. Wanneer het gaat om een collectieve onderhandeling, is het van fundamenteel belang dat alle ZZP's die voor dezelfde tegenpartij werken onder de overeenkomst vallen zodra een deel van de ZZP's aan het criterium voldoet en aan collectieve onderhandelingen deelneemt. Het zou immers absurd zijn een onderscheid te maken tussen ZZP's die "partij bij de overeenkomst" zouden zijn en die welke zouden worden uitgesloten. Anders zou een factor van oneerlijke concurrentie en/of een ongerechtvaardigd verschil in behandeling worden gecreëerd tussen degenen die partij zijn bij de overeenkomst en de anderen.

3.3 De ZZP's die zij aan zij met de werknemers werken

Wat dit criterium betreft, lijkt het dat het niet alleen om de fysieke nabijheid moet gaan, maar ook om de organisatorische of procedurele nabijheid. Het is immers mogelijk dat zelfstandigen, ook al zijn ze niet op dezelfde werkplek aanwezig als de werknemers, een geheel vormen met de werknemers.

3.4 De ZZP's die via digitale arbeidsplatformen werken

Hoewel ze het er volledig mee eens zijn dat via digitale platformen werkende ZZP's in staat moeten worden gesteld collectief te onderhandelen, zijn de leden die de consumentenorganisaties en de meest representatieve werknemersorganisaties vertegenwoordigen van oordeel dat de richtsnoeren geen benadering mogen bevorderen waarbij de meerderheid van de via digitale platformen werkende werknemers wordt verondersteld zelfstandige te zijn.

De wetgevende en jurisprudentiële ontwikkelingen in tal van EU-lidstaten (waaronder België, via het voorontwerp van wet houdende diverse arbeidsbepalingen⁶ en het voorstel voor een richtlijn van de Europese Commissie betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk tonen immers aan dat het statuut van zelfstandige van veel platformwerkers met succes ter discussie wordt gesteld.

3.5 De ZZP's die zich in een situatie van kennelijk onevenwichtige onderhandelingsmacht bevinden

Hoewel het criterium adequaat is, zijn de leden die de consumentenorganisaties en de meest representatieve werknemersorganisaties vertegenwoordigen van mening dat het te restrictief is als het uitsluitend wordt beoordeeld op basis van de omvang van de tegenpartij, d.w.z. op basis van het aantal werknemers of van een niveau van jaaromzet. Er zou eenvoudigweg kunnen worden verwezen naar het beginsel van "kennelijk onevenwichtige onderhandelingsmacht", waarbij het aan de partijen wordt overgelaten om te rechtvaardigen dat zij zich in deze situatie bevinden. Het zou immers kunnen dat de tegenpartij het werk van een groot aantal ZZP's organiseert zonder een groot aantal werknemers in dienst te hebben.

Bovendien zijn deze criteria erop gericht micro-ondernemingen uit te sluiten, terwijl het economische weefsel in België, en in ruimere zin in de Europese Unie, hoofdzakelijk uit deze zeer kleine structuren bestaat. Door deze uitsluiting worden de situaties waarin ZZP's aanspraak zouden moeten kunnen maken op collectieve onderhandelingen dus drastisch beperkt. Deze uitsluiting van de micro-ondernemingen houdt bovendien het risico in dat de deur wordt opengezet voor oneerlijke concurrentiepraktijken door buitensporig beroep te doen op onderaanneming.

⁶ In afwachting van de tweede lezing in de Ministerraad.

3.6 Collectieve overeenkomsten die door de ZZP's krachtens nationale of Europese wetgeving worden gesloten

De leden die de consumentenorganisaties en de meest representatieve werknemersorganisaties vertegenwoordigen, achten het wenselijk dat de lidstaten de vrijheid behouden om de situaties vast te stellen waarin collectieve onderhandelingen door en voor de ZZP's mogelijk zijn, buiten de in de richtsnoeren beoogde situaties, en dat die beslissing van de lidstaten een bindend karakter moet hebben voor de Europese Commissie.

Wat de Europese wetgeving betreft, zou in de richtsnoeren explicieter moeten worden vermeld dat toekomstige Europese wetgevingsinitiatieven die voorzien in collectieve onderhandelingen voor de ZZP's, ook bindend zullen zijn voor de Europese Commissie.