

Minimumtarieven voor zzp'ers

*Over de verhouding tussen minimumtarieven voor
zelfstandigen zonder personeel en het Europees
mededingingsrecht*

Master Rechtsgeleerdheid

Tilburg Law School (TLS) – Tilburg University

Marc Smout

1263564

Begeleider: S. Said

Tilburg, 14 oktober 2018



Inhoud

Voorwoord	5
Inleiding.....	6
1. De zelfstandige zonder personeel.....	10
1.1 Inleiding.....	10
1.2 Werknemersbegrip.....	11
1.2.1 Nationaal	11
1.2.2 Europese Unie	12
1.3 Definities van een zzp'er	16
1.4 Schijnzelfstandigheid.....	17
1.5 Conclusie	19
2. Het mededingingsrecht	20
2.1 Inleiding.....	20
2.2 Het kartelverbod	21
2.2.1 Inleiding.....	21
2.2.2. Bestanddelen.....	21
2.2.3 Overeenkomst.....	21
2.2.4 Onderneming.....	22
2.2.5 Handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden	23
2.2.6. Ertoe strekken of ten gevolge hebben	23
2.2.7. Verhinderend, beperking of vervalsing van de mededinging.....	24
2.3 Uitzonderingen op het kartelverbod.....	25
2.3.1 Artikel 101 lid 3 VWEU	25
2.3.2 Het cultureel belang en artikel 101 lid 3 VWEU	28
2.3.3 De cao-exceptie	29
2.3.4 Tussenconclusie: het kartelverbod.....	30
2.4 De nuttig effect-doctrine	31
2.4.1 Inleiding.....	31
2.4.2 Loyaliteitsbeginsel en het kartelverbod	31
2.4.3 Uitzonderingen op de nuttig effect-doctrine	33
2.5 Conclusie	35
3. Voorstellen in relatie tot het Europees mededingingsrecht	36
3.1. Inleiding.....	36
3.2 Wettelijke minimumtarieven voor zzp'ers.....	36
3.2.1 VAR	36

3.2.2 Wet DBA	37
3.2.3 De verhouding tot het Europees mededingingsrecht	38
3.3 Collectief onderhandelen voor zzp'ers in de culturele en creatieve sector	39
3.4 Conclusie	40
4. Alternatieven	41
4.1 Inleiding	41
4.2 Bagatelvrijstelling van artikel 7 Mw	42
4.3 Overheidswege kwalificatie van (schijn)zelfstandigen ten behoeve van collectief onderhandelen	44
4.4 Conclusie	45
5. Conclusie	46
6. Aanbevelingen	47
7. Bronnenlijst	49
7.1 Literatuur	49
7.2 Jurisprudentie	52
7.3 Kamerstukken en overige	53

Lijst van afkortingen

ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
Art.	Artikel
AVV	Algemeen verbindendverklaring
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
EU	Europese Unie
Gerecht EU	Gerecht van de Europese Unie
GvEA EG	Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen
Gw	Grondwet
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBO	Interdepartementaal beleidsonderzoek
jo.	juncto
M&M	Markt en Mededinging
Mw	Mededingingswet
NTRFB	Het Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen
NtEr	Nederlands tijdschrift voor Europees recht
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
r.o.	Rechtsoverweging
Stcrt.	Staatscourant
SER	Sociaal-Economische Raad
SEW	SEW. Tijdschrift voor Europees en economisch recht
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
TvAO	Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VAR	Verklaring arbeidsrelatie
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
V-N	Vakstudie Nieuws
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet AVV	Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten
Wet DBA	Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties
Wet IB 2001	Wet Inkomstenbelasting 2001
zzp'er	Zelfstandige zonder personeel

Voorwoord

Voor u ligt de masterscriptie 'Minimumtarieven voor zzp'ers'. Deze masterscriptie is geschreven ter afronding van de master Rechtsgeleerdheid aan Tilburg University.

Op 10 oktober 2017 presenteerden de fracties van VVD, CDA, D66 en ChristenUnie het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst'. Hierin presenteerden zij hun plannen om te komen tot een nieuwe wet die enerzijds echte zelfstandigen zekerheid moet bieden dat er geen sprake is van een dienstbetrekking en anderzijds schijnzelfstandigheid moet gaan voorkomen. Daarnaast wordt de motie van de Tweede Kamerleden Ellemeet en Asscher, om zzp'ers in de culturele en creatieve sector ruimte te geven om collectief te onderhandelen, behandeld. Twee recente voorstellen waarvan ik benieuwd was wat dit zou betekenen voor ons arbeidsrecht en hoe zij zich verhouden tot het Europese mededingingsrecht.

Bij dezen wil ik mijn vriendin, familie en vrienden bedanken voor hun steun tijdens mijn gehele studie en wil ik mijn begeleider mevrouw S. Said bedanken voor haar fijne begeleiding en feedback tijdens de scriptiebijeenkomsten.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Marc Smout

Tilburg, 14 oktober 2018

Inleiding

In het regeerakkoord met de titel ‘Vertrouwen in de toekomst’ van het kabinet Rutte III (hierna: de regering) is een passage gewijd aan het werken als zelfstandige.¹ Hierin is vermeld dat de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (Wet DBA) zal worden vervangen. Deze wet heeft onvoldoende duidelijkheid gecreëerd ten opzichte van de vraag wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het probleem waarbij een persoon die als zelfstandige wordt aangeduid, feitelijk werknemer is – schijnzelfstandigheid – is volgens de regering onvoldoende verholpen.² De wet zou hebben gezorgd voor oneerlijke concurrentie op de arbeidsmarkt, het dwarsbomen van het sociale zekerheidstelsel en kosten voor de overheid in de vorm van onterecht verstrekte ondernemersfaciliteiten.³

Het wetgevingsproces is op het moment van schrijven van deze thesis nog in volle gang. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft op 22 juni 2018 in een brief aan de Tweede Kamer bekend gemaakt dat de handhaving van de Wet DBA, met uitzondering van kwaadwillenden, is opgeschort tot 1 januari 2020.⁴ Ondertussen is een onderzoek lopende naar de manier waarop zelfstandigen zonder personeel (hierna: zzp’ers) hun tarief bepalen en zal de regering in gesprek gaan met de Europese Commissie over hoe werkenden met lage tarieven beschermd kunnen worden⁵, en over de vraag hoe een regeling waarbij bij een laag tarief een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen, zich verhoudt tot het Europees recht.⁶

Binnen het arbeidsrecht, fiscaal recht en socialezekerheidsrecht wordt een onderscheid gemaakt tussen werknemers en zelfstandigen. Het juist kwalificeren van een arbeidsrelatie is in het belang van werkenden, werkgevers, opdrachtgevers en de overheid. Voornoemd onderscheid heeft namelijk grote gevolgen voor het wel of niet moeten inhouden van loonheffing en het verzekerd zijn voor werknemersverzekeringen. Daarnaast heeft een werknemer recht op loondoorbetaling bij ziekte en geniet hij of zij ontslagbescherming en een zelfstandige, indien fiscaal gezien een ondernemer, kan aanspraak maken op de zelfstandigenaftrek.⁷

¹ Vertrouwen in de toekomst 2017-2021, p. 25-26.

² Vertrouwen in de toekomst 2017-2021, p. 25.

³ Boot, *TRA* 2016/44, p. 3, 4, 7.

⁴ Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2018, nr. 2018-0000112981, p. 2. Als bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34036, N.

⁵ Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2018, nr. 2018-0000112981, p. 1-2.

⁶ Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2018, nr. 2018-0000112981, p. 7.

⁷ Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2018, nr. 2018-0000112981, p. 2-3.

De regering wil onder meer de groep zzp'ers aan de onderkant van de arbeidsmarkt beschermen. Het tarief waartegen sommige zzp'ers werken, zou volgens de regering zo laag zijn dat zij zich niet kunnen verzekeren tegen arbeidsongeschiktheid en geen pensioen kunnen opbouwen. De regering stelt zelfs: *“Werknemers en zelfstandigen zijn zo onbedoeld concurrenten van elkaar geworden.”*⁸

Om schijnzelfstandigheid effectief te bestrijden en zelfstandigen aan de onderkant van de arbeidsmarkt meer bescherming te bieden, heeft de regering in het regeerakkoord voorgesteld dat er altijd sprake is van een arbeidsovereenkomst als een laag tarief wordt gehanteerd in combinatie met een lange duur van de overeenkomst of in combinatie met het verrichten van reguliere bedrijfsactiviteiten.⁹ De voorwaarden om te spreken van een arbeidsovereenkomst (persoonlijke arbeid, loon en gezag) hoeven indien een uurloon onder het laag tarief wordt gehanteerd niet te zijn vervuld. Bij een laag tarief moet gedacht worden aan een tarief tussen de 15 en 18 euro.¹⁰ Zzp'ers die zich aan de onderkant van de arbeidsmarkt bevinden zijn bij onderhandelingen over het loon vaak de zwakkere partij. Zij hebben veelal weinig tot geen onderhandelingsruimte, zeker nu de opdrachtgever in veel gevallen de hoogte van het tarief bepaalt.¹¹ Het doel van de regering met dit voorstel is dat deze wijziging ervoor zorgt dat zzp'ers en werknemers minder elkaars concurrenten worden. Een doel dat de regering duidelijk nastreeft.¹²

Echter, de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid stelt in zijn brief van 22 juni 2018 dat nog onderzocht wordt hoe een dergelijke (volgens de minister) ingrijpende aanpassing van het arbeidsrecht zich verhoudt tot het Europees recht.¹³ Het hanteren van een systeem waarbij in een arbeidsrelatie altijd een arbeidsovereenkomst ontstaat onder een bepaald tarief zorgt ervoor dat er feitelijk gezien wettelijke minimumtarieven voor zzp'ers gehanteerd gaan worden. De minister merkt op dat dit systeem mogelijk een beperking is van het recht op vrij verkeer van diensten¹⁴ omdat een werkende met een laag tarief naar Nederlands recht een arbeidsovereenkomst kan hebben, maar tegelijkertijd naar Europees recht mogelijk nog steeds gezien kan worden als een zelfstandige.¹⁵

⁸ Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2018, nr. 2018-0000112981, p. 3.

⁹ Vertrouwen in de toekomst 2017-2021, p. 25.

¹⁰ Vertrouwen in de toekomst 2017-2021, p. 25-26; Alt, *TRA* 2018/36, p. 3-10; Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2018, nr. 2018-0000112981, p. 4-6; 'Voorlopig nog geen hoofdlijnen vervanging Wet DBA', *V-N* 2018/34.12, p. 53-54.

¹¹ Frenken, *Me Judice* 13 november 2017.

¹² Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2018, nr. 2018-0000112981, p. 3.

¹³ Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2018, nr. 2018-0000112981, p. 4.

¹⁴ Het vrij verkeer van diensten is geregeld in artikel 56 VWEU.

¹⁵ Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2018, nr. 2018-0000112981, p. 4.

In een motie tijdens het Wetgevingsoverleg van 13 november 2017 stellen de Kamerleden Ellemeet en Asscher voor om het mogelijk te maken dat zzp'ers werkzaam in de culturele en creatieve sector collectief kunnen gaan onderhandelen.¹⁶ Deze volgens hen uitzonderlijke sector zou zich onderscheiden doordat er veel zzp'ers in werkzaam zijn. Om hun onderhandelingspositie en arbeidsmarktpositie te verbeteren is het recht om collectief te onderhandelen nodig.¹⁷ Op 21 november 2017 werd deze motie in de Tweede Kamer aangenomen.¹⁸ De regering wordt hiermee opgeroepen om experimenteerruimte te gaan creëren zodat zzp'ers kunnen gaan onderhandelen met werkgevers- en/of opdrachtgeversverenigingen over hun uurtarief.

Het toestaan van collectief onderhandelen voor zzp'ers in de culturele en creatieve sector zorgt er onder meer voor dat het mogelijk zal zijn om cao-bepalingen omtrent minimumtarieven voor zzp'ers algemeen verbindend te verklaren. Echter, is het algemeen verbindend verklaren van dergelijke cao-bepalingen geoorloofd? Of is dit overheidsoptreden in strijd met het Europees mededingingsrecht?

De volgende vraag zal dan ook centraal gaan staan in mijn onderzoek: *“Hoe verhouden de voorstellen van de Nederlandse regering en de Tweede Kamerleden Ellemeet en Asscher zich tot het Europees mededingingsrecht?”*

Om de hoofdvraag te kunnen beantwoorden, is deze opgedeeld in vijf deelvragen:

1. Wat zijn zelfstandigen zonder personeel?
2. Wat houden het kartelverbod en de nuttig effect-doctrine van het Hof van Justitie van de Europese Unie in?
3. Wat is de aanleiding van de voorstellen van de Nederlandse regering en de Tweede Kamerleden Ellemeet en Asscher?
4. Hoe verhouden de voorstellen van de Nederlandse regering en de Tweede Kamerleden Ellemeet en Asscher zich tot het kartelverbod en de nuttig effect-doctrine?
5. Zijn er alternatieven voor de Nederlandse regering om (schijn)zelfstandigen te beschermen ten aanzien van hun inkomenspositie en derhalve schijnzelfstandigheid te voorkomen?

¹⁶ *Kamerstukken II 2017/18, 34775 VIII, 19.*

¹⁷ *Kamerstukken II 2017/18, 34775 VIII, 19.*

¹⁸ *Handelingen II 2017/18, 24, item 12, p. 1-2.*

Het eerste hoofdstuk gaat in op de werknemersbegrippen op nationaal en Europees niveau en op de vraag wat zelfstandigen zonder personeel zijn. In het tweede hoofdstuk wordt de relevante Europese mededingingsrechtelijke wetgeving en jurisprudentie besproken. Aan de hand hiervan wordt uiteindelijk onderzocht hoe het voorstel van de regering zich verhoudt tot het Europese mededingingsrecht. Om inzichtelijk te maken waarom dit voorstel door de regering is gedaan en wat het doel ervan is, zal in het derde hoofdstuk worden ingaan op de geschiedenis omtrent de VAR en de Wet DBA. Deze elkaar opvolgende regelingen hebben beide tot onvoldoende zekerheid geleid omtrent de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Daarnaast zal in dit hoofdstuk worden bekeken hoe de twee voorstellen zich verhouden tot het kartelverbod en de nuttig effect-doctrine. In het vierde hoofdstuk worden twee alternatieven aangedragen die tevens kunnen bijdragen aan de verbetering van de positie van zzp'ers aan de onderkant van de arbeidsmarkt en het voorkomen van schijnzelfstandigheid.

Het onderzoek beperkt zich tot een klein gedeelte van het Europese mededingingsrecht: het kartelverbod (artikel 101 VWEU) en de nuttig effect-doctrine van het HvJ EU. Voor de eenvoud wordt artikel 6 van de Mededingingswet niet besproken. Dit heeft als reden dat artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU qua toepassing vrijwel gelijk zijn en het HvJ EU als hoogste rechter in mededingingszaken een overeenkomst voornamelijk toetst aan artikel 101 VWEU.¹⁹ Daarnaast wil ik benadrukken dat de focus binnen deze scriptie ligt op het nationale overheidsoptreden door het vastleggen of goedkeuren, al dan niet middels AVV, van minimumtarieven voor (bepaalde) zzp'ers. Overige problematiek van grensoverschrijdende zzp'ers en hun recht op vrijheid van vestiging wordt buiten beschouwing gelaten.

¹⁹ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 11. Dit geldt voornamelijk voor de verbodsbepalingen zoals art. 6 Mw en art. 101 VWEU. Uitzonderingen uit jurisprudentie van het HvJ EU, zoals de cao-exceptie van art. 6 onder a Mw, zijn in de Mededingingswet gecodificeerd, maar zijn niet opgenomen in het VWEU.

1. De zelfstandige zonder personeel

1.1 Inleiding

Het aantal zzp'ers in Nederland is tussen 2003 en 2013 met bijna 50 procent gestegen, zo volgt onder meer uit de cijfers van het CBS.²⁰ Nederland behoort hiermee tot de top binnen de Europese Unie. Waar het aandeel zzp'ers binnen de beroepsbevolking in de Europese Unie gemiddeld met 1 procentpunt toenam, is de toename in Nederland met 3 procentpunt duidelijk sterker.²¹ In het IBO-rapport worden verschillende redenen genoemd die de groei van het aantal zzp'ers moeten verklaren. Alt vat deze redenen kort en bondig samen: “(...) naast factoren als behoefte aan flexibiliteit en technologische veranderingen (...) (1) het verschil in lastendruk; (2) het verschil in wettelijke bescherming; (3) het verschil in arbeidsvoorwaardelijke bepalingen (voortvloeiend uit de cao); en (4) procedurele kosten en risico's van het inhuren van een zzp'er of het starten van een onderneming.”²²

Zoals koningin Máxima, toen nog als prinses, bij de presentatie van het WRR-rapport Identificatie met Nederland in 2007 zei: “*dé Nederlander bestaat niet*”. Zo bestaat volgens Hasekamp, in zijn voorwoord bij het IBO-rapport Zelfstandigen zonder personeel uit 2015, *dé* zzp'er evenmin.²³ Dit heeft ermee te maken dat het begrip zzp'er een complex fenomeen is dat verschillende activiteiten onder één verzamelterm brengt.²⁴ De ene zzp'er biedt diensten aan in de vorm van arbeid, de ander in de vorm van producten. Daarnaast bestaan er onderbetaalde zzp'ers, maar ook zzp'ers met topsalarissen. Omdat de zzp'er een verzamelterm is, kan men zowel in de wet als in de literatuur geen eenduidige definitie van de zzp'er vinden. Al met al maakt dit de discussie over regelingen ten aanzien van zzp'ers complex.²⁵ Dat *dé* zzp'er niet bestaat is een gevolg van hoe het Nederlandse stelsel is ingericht. Dit stelsel is aan te merken als een binair stelsel. Men is of werknemer en werkt op basis van een arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW), of zelfstandige en werkt veelal op basis van een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW) of een overeenkomst van aanneming van werk (art. 7:750 BW).²⁶ Om – voor zover mogelijk – inzichtelijk te maken wat een zzp'er is, zal eerst het begrip werknemer moeten worden uitgelegd (par. 1.2). Hierbij wordt zowel het werknemersbegrip op nationaal als Europees

²⁰ De hier bedoelde cijfers van het CBS komen onder meer terug in *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, Den Haag: Rijksoverheid 2015, p. 1.

²¹ *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, Den Haag: Rijksoverheid 2015, p. 2.

²² Alt, *TRA* 2018/36, p. 3.

²³ *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, Den Haag: Rijksoverheid 2015, p. iii als bijlage bij Kamerbrief kabinetsreactie IBO Zzp d.d. 2 oktober 2015, www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/10/02/eindrapport-ibo-zelfstandigen-zonder-personeel.

²⁴ Perulli 2003, p. 7-8; Houweling 2017, p. 441.

²⁵ Houweling 2017, p. 441.

²⁶ Houweling 2017, p. 444-446.

niveau behandeld, omdat zo inzicht wordt gegeven in het probleem dat kan ontstaan door invoering van het voorstel van de regering, dat een werker naar Nederlands recht wordt aangemerkt als werknemer maar naar Europees recht nog steeds wordt gezien als zelfstandige. Vervolgens zullen verschillende definities van een zzp'er worden weergegeven om op deze wijze een beter beeld te geven van wat zzp'ers zijn (par. 1.3). Tot slot zal worden ingegaan op het begrip schijnzelfstandigheid (par. 1.4).

1.2 Werknemersbegrip

1.2.1 Nationaal

De werknemer is de contractuele wederpartij van de werkgever bij de arbeidsovereenkomst. De definitie van een arbeidsovereenkomst is te vinden in artikel 7:610 BW en luidt: *'De arbeidsovereenkomst is 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.'*

Om te kunnen spreken van een arbeidsovereenkomst moet aan een aantal vereisten worden voldaan. Deze vereisten zijn achtereenvolgens: loon, de verplichting tot het verrichten van (in beginsel) persoonlijke arbeid en (een) gezag(sverhouding). Aan de hand van deze drie vereisten, maar met name de gezagsverhouding, onderscheidt de arbeidsovereenkomst zich van de andere overeenkomsten krachtens welke arbeid wordt verricht, zoals de overeenkomst van aanneming van werk (art. 7:750 BW) of de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW). Dit betekent dat indien niet aan de vereisten wordt voldaan er geen sprake is van werknemerschap maar van zelfstandige arbeid.²⁷

Het eerste vereiste, loon, houdt in dat de werkgever verplicht is om loon te betalen. Ontbreekt in de arbeidsovereenkomst de loonverplichting dan is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst. Hierbij is het niet van belang of de werkgever op de juiste wijze het loon betaalt.²⁸ Het tweede vereiste, de verplichting van de werknemer om de arbeid in beginsel persoonlijk te verrichten, brengt met zich dat een werknemer zich niet mag laten vervangen door een ander zonder dat hiervoor toestemming van de werkgever is verkregen. Mag de arbeid ook door een ander worden verricht, dan wordt de overeenkomst in de regel niet beschouwd als een arbeidsovereenkomst.²⁹ Waarbij het element arbeid breed geïnterpreteerd moet worden. Van Drongelen geeft weer dat het beschikbaar zijn ten behoeve van de werkgever al arbeid kan opleveren.³⁰ Terecht stelt Van Drongelen dat het niet uitmaakt of het bij de verrichtte arbeid gaat om in- of ontspanning als het maar gaat om een reële prestatie. Dit laatste

²⁷ Said, *ArA* 2017/1, p. 56-57.

²⁸ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2015, p. 57.

²⁹ Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal, p. 57.

³⁰ Drongelen, van, 2017, p. 221.

houdt in dat de arbeid wel van productieve waarde is voor de werkgever.³¹ Het laatste vereiste, gezag, staat niet letterlijk genoemd in artikel 7:610 BW, maar volgt uit de woorden ‘*in dienst van de andere partij*’. Wil er sprake zijn van een gezagsrelatie dan moet een van de partijen bij de overeenkomst de bevoegdheid hebben om eenzijdige en bindende instructies te geven aan de wederpartij. De beantwoording van de vraag of sprake is van gezag is in sommige gevallen lastig, vooral nu een opdrachtgever volgens artikel 7:402 BW ook in het kader van een overeenkomst van opdracht aanwijzingen aan de opdrachtnemer kan geven. Het is dus niet altijd (direct) duidelijk of nu sprake is van instructies en daarmee gezag in de zin van artikel 7:610 BW of aanwijzingen in de zin van artikel 7:402 BW.³²

In het arrest Groen/Schoevers heeft de Hoge Raad bepaald dat alle feiten en omstandigheden van het geval moeten worden meegenomen in de beantwoording van de vraag of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst.³³ Het gaat hier om een beoordeling van alle relevante feiten en omstandigheden in onderling verband bezien, waarbij niet één enkele omstandigheid de doorslag mag geven. Verder is van belang wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond en op welke wijze de partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst en wat hun maatschappelijke positie is.³⁴ De letterlijke tekst in de overeenkomst is bij deze benadering niet beslissend voor het ontstaan van een arbeidsovereenkomst.³⁵

1.2.2 Europese Unie

Binnen het Europese recht bestaat geen uniform en eenduidig werknemersbegrip.³⁶ De omlijning van het werknemersbegrip is binnen het Unierecht afhankelijk van de context waarbinnen het begrip wordt gebruikt. In het kader van het vrij verkeer is een lidstaat niet vrij om de personele werkingssfeer te bepalen.³⁷ Het HvJ EU eist bijvoorbeeld bij het vrij verkeer van werknemers de toepassing van één werknemersbegrip op Europees niveau.³⁸ Bij een aantal Europese richtlijnen wordt voor de toepassing verwezen naar het nationale werknemersbegrip.³⁹ Desondanks zijn lidstaten door de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie volgens Waterman niet volledig vrij in het bepalen van de personele werkingssfeer van hun arbeidsrecht.⁴⁰ Waterman stelt: “*de nationale rechter dient het recht van de*

³¹ Drongelen, van, 2017, p. 221.

³² Said, *ArA* 2017/1, p. 59.

³³ HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*), r.o. 3.4.

³⁴ Said, *ArA* 2017/1, p. 57-58.

³⁵ Drongelen, van, 2017, p. 39.

³⁶ Waterman, *TvAO* 2017/4, p. 218.

³⁷ Peijpe, *TRA* 2011/34, p. 5.

³⁸ Peijpe, *TRA* 2011/34, p. 6.

³⁹ Waterman, *TvAO* 2017/4, p. 218-219.

⁴⁰ Waterman, *TvAO* 2017/4, p. 218-219.

lidstaat zoveel mogelijk uit te leggen en toepassen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn.”⁴¹ Als het werknemersbegrip op nationaal niveau het doel van de richtlijn in de weg staat dan heeft de lidstaat niet voldaan aan de implementatieverplichting. De verwijzing van een richtlijn naar een nationaal werknemersbegrip komt mogelijk door het niet kunnen vormen van een Europese definitie van het begrip werknemer.⁴² Overigens wordt in het mededingingsrecht niet gesproken over werknemers of zelfstandigen maar over ondernemingen. Daarbij is de vraag of een werker te kwalificeren is als een onderneming wel afhankelijk van de vraag of men werknemer is of niet.⁴³ In het vervolg van dit onderzoek zal echter gemakshalve worden gesproken van ‘de zelfstandige’.

Bij de beantwoording van de vraag of iemand een werknemer of een zelfstandige is wordt door het HvJ EU veelal de omschrijving van de arbeidsverhouding c.q. het werknemersbegrip in het Lawrie-Blum-arrest herhaald. Om te kunnen spreken van een werknemer is volgens het HvJ EU van belang *“dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt.”*⁴⁴ Verder moet volgens het HvJ EU: *“(…) het begrip “werknemer” in de zin van het recht van de Unie zelf worden gedefinieerd aan de hand van objectieve criteria die kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding, rekening houdend met de rechten en verplichtingen van de betrokken persoon.”*⁴⁵ Uit het Lawrie-Blum-arrest volgt derhalve dat om te kunnen spreken van een werknemer in de zin van het Unierecht, vereist is dat iemand, (1) gedurende een bepaalde tijd, (2) voor een ander, (3) onder diens gezag prestaties verricht (4) tegen beloning. In latere arresten is dit werknemersbegrip verder uitgewerkt.⁴⁶

Alt merkt terecht op dat het HvJ EU niet zozeer toetst wat de bedoelingen van partijen zijn geweest bij aanvang van de overeenkomst, maar toetst op welke wijze aan de overeenkomst feitelijk uitvoering wordt gegeven.⁴⁷ Voldoet de werker niet aan het werknemersbegrip dan wordt de arbeid verricht in de hoedanigheid van zelfstandige.⁴⁸ Deze redenering was lange tijd voldoende. Sinds het Jany-arrest is het ontbreken van een gezagsverhouding niet meer het enige element om te bepalen of er sprake is

⁴¹ Waterman, *TvAO* 2017/4, p. 219.

⁴² Waterman, *TvAO* 2017/4, p. 219.

⁴³ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 18.

⁴⁴ HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie-Blum*), r.o. 17. Dit is de definitie volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU. Zie het arrest *FNV KIEM* verwijzend in r.o. 34 naar de arresten N., C-46/12, EU:C:2013:97, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak, alsook Haralambidis, C-270/13, EU:C:2014:2185, punt 28.

⁴⁵ HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), r.o. 34.

⁴⁶ Zie o.a. HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01, EU:C:2004:18 (*Allonby*); HvJ EG 20 september 2007, C-116/06, ECLI:EU:C:2007:536 (*Kiiski*); HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 (*Danosa*) en met name HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*).

⁴⁷ Alt, *TRA* 2018/36, p. 5.

⁴⁸ Peijpe, *TRA* 2011/34, p. 5-6.

van een werknemer of een zelfstandige.⁴⁹ Naast het gezagscriterium dat door het HvJ EU wordt geformuleerd als: “zonder enige gezagsverhouding met betrekking tot de keuze van deze activiteit, de arbeidsomstandigheden en de beloning,” zijn de criteria “onder zijn eigen verantwoordelijkheid” en “tegen een beloning die volledig en rechtstreeks aan hem wordt betaald” toegevoegd.⁵⁰ Om te bepalen of er sprake is van een zelfstandige vereist het Jany-arrest derhalve naast (1) het ontbreken van een gezagsverhouding omtrent de activiteit, arbeidsomstandigheden en beloning ook (2) onder eigen verantwoordelijkheid verrichten van diensten en (3) dat de beloning volledig en rechtstreeks aan de zelfstandige wordt betaald.⁵¹ Uit de formulering van het HvJ EU valt af te leiden dat de drie criteria cumulatief zijn. Dit houdt in dat aan alle drie de criteria moet worden voldaan, wil er sprake zijn van een zelfstandige en niet van een werknemer. De criteria vormen samen een zwaardere toets dan de definitie uit het Lawrie-Blum-arrest. Ook al ontbreekt de gezagsverhouding dan moet de persoon ook handelen onder eigen verantwoordelijkheid en een volledige en rechtstreekse betaling ontvangen, wil hij als zelfstandige kunnen worden aangemerkt.

Het Unierechtelijke werknemersbegrip stelt – afhankelijk van de context – zogenaamde onder- en bovengrenzen aan het nationale werknemersbegrip.⁵² Bij de ondergrenzen gaat het om bescherming van werknemers. Een lidstaat moet minimaal de werknemers beschermen die onder het Unierechtelijke werknemersbegrip vallen. De ondergrens vormt zo een minimumniveau van bescherming. Het HvJ EU hanteert bij ondergrenzen een ruim werknemersbegrip. Door hantering van een ruim werknemersbegrip strekt in sommige gevallen het werknemersbegrip bij ondergrenzen zich ook uit tot (schijn)zelfstandigen naar nationaal recht.⁵³ Dit komt doordat de Europese wetgever dan een Unierechtelijke definitie heeft gegeven van werknemer,⁵⁴ hetgeen inhoudt dat de arbeidsverhouding naar nationaal recht geen gevolgen mag hebben voor de hoedanigheid van werknemer en daarbij behorende rechten naar Europees recht.⁵⁵ Een ontduiking van een Europese ondergrens wordt door het HvJ EU dan ook tegengehouden. In het Allonby-arrest betrof het gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers. Het HvJ EU overwoog: “Een persoon die naar nationaal recht formeel gezien een zelfstandige is, moet niettemin als een werknemer in de zin van

⁴⁹ HvJ EG 20 november 2001, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616 (*Jany*), r.o. 69-71.

⁵⁰ HvJ EG 20 november 2001, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616 (*Jany*), r.o. 70.

⁵¹ HvJ EG 20 november 2001, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616 (*Jany*), r.o. 70-71.

⁵² Peijpe, *TRA* 2011/34, p. 6.

⁵³ Peijpe, *TRA* 2011/34, p. 6.

⁵⁴ HvJ EG 20 september 2007, C-116/06, ECLI:EU:C:2007:536 (*Kiiski*), r.o. 22-26; HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 (*Danosa*), r.o. 47.

⁵⁵ HvJ EG 20 september 2007, C-116/06, ECLI:EU:C:2007:536 (*Kiiski*), r.o. 26.

*artikel 141, lid 1, EG worden aangemerkt indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is en dus een arbeidsverhouding in de zin van deze bepaling verhult.*⁵⁶

Een zelfstandige naar Nederlands recht zou hierdoor een beroep kunnen doen op een richtlijn (zoals de Zwangerschapsrichtlijn) als voldaan wordt aan de vereisten van het werknemersbegrip in Europees verband.⁵⁷ Daarbij overweegt het HvJ EU: “ (...) Onderzocht moet immers worden onder welke omstandigheden het lid van het comité in dienst is genomen, de aard van de hem opgedragen taken, het kader waarbinnen deze taken worden uitgeoefend, de omvang van de bevoegdheid van de betrokkene, het toezicht dat in de vennootschap op hem wordt uitgeoefend, en de omstandigheden waarin hij van zijn functie kan worden ontheven.”⁵⁸

Bij ondergrenzen is het voor een lidstaat wel mogelijk om het werknemersbegrip ruimer te interpreteren. De personele werkingssfeer, oftewel wie onder het werknemersbegrip valt, mag derhalve bij ondergrenzen uitgebreid worden teneinde de werker meer bescherming te bieden. Indien sprake is van schijnzelfstandigheid in voornoemde zin dan wordt de betreffende werker in het Unierecht aangemerkt als een werknemer.⁵⁹ In tegenstelling tot ondergrenzen stelt het Unierechtelijke werknemersbegrip ook bovengrenzen een nationaal werknemersbegrip. Een lidstaat mag niet meer werkers laten vallen onder het nationale werknemersbegrip dan het Unierechtelijke werknemersbegrip. Dit doet zich voornamelijk voor bij de vrij verkeer bepalingen. Indien lidstaten ongelimiteerd de personele werkingssfeer zouden mogen uitbreiden dan zou volgens Peijpe de arbeidsrechtelijke bescherming die geboden wordt tot gevolg hebben dat de vrijheden van zelfstandigen, vestigingsvrijheid of het vrije dienstenverkeer, worden beperkt.⁶⁰ Het Europese recht wordt namelijk zo ingezet om de markt geordend te houden. Het Europese mededingingsrecht stelt bijvoorbeeld bovengrenzen aan de ruimte voor een nationaal werknemersbegrip in het geval “*onder de werkingssfeer van een cao ook personen worden gebracht die voor de toepassing van het kartelverbod van art. 101 VWEU als ‘onderneming’ worden aangemerkt.*”⁶¹ Dit betekent dat een lidstaat geen personen onder het nationaal werknemersbegrip mag scharen die op grond van het mededingingsrecht zijn te kwalificeren als onderneming.

⁵⁶ HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01, EU:C:2004:18 (*Allonby*), r.o. 71.

⁵⁷ HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 (*Danosa*), r.o. 47.

⁵⁸ HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 (*Danosa*), r.o. 47.

⁵⁹ HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), r.o. 35.

⁶⁰ Peijpe, *TRA* 2011/34, p. 7-8.

⁶¹ Peijpe, *TRA* 2011/34, p. 7-8.

1.3 Definities van een zzp'er

Of iemand een zelfstandige is, hangt af van de vraag of men wel of geen werknemer is. De zzp'er is dan ook geen juridisch begrip. Om desondanks toch een idee te geven van wat een zzp'er is, behandel ik in deze paragraaf drie definities die gehanteerd worden in de (rechts)praktijk.

Het HvJ EU stelt dat een zzp'er in beginsel is te kwalificeren is als een onderneming. Het begrip onderneming moet voorts namelijk zeer ruim worden uitgelegd. Het gaat volgens het HvJ EU om: *“elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.”*⁶² De onderzoekers die het IBO-rapport hebben geschreven hanteren de volgende definitie: *“een persoon die een inkomen verkrijgt door voor eigen rekening en risico een bedrijf of beroep uit te oefenen en geen personeel in dienst heeft.”*⁶³ Zij gebruiken deze definitie zodat de focus bij het onderzoek ligt op alle zzp'ers die ondernemer zijn voor de inkomstenbelasting, de zogenaamde IB-ondernemers.

De Sociaal-Economische Raad (SER) heeft in 2010 op aanvraag van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) een advies uitgebracht over de positie van zzp'ers. Hierin gaf de SER een definitie van de zzp'er en sloot hierbij aan bij het begrip ondernemer uit artikel 3.4 Wet IB 2011. Een zzp'er is volgens de SER: *“een ondernemer die geen personeel in dienst heeft, waarbij voor de vaststelling of er sprake is van een ondernemer de volgende criteria gelden, zoals ook gehanteerd door de Belastingdienst in het kader van de inkomstenbelasting: zelfstandigheid bij de inrichting van de eigen werkzaamheden en het uitvoeren daarvan; het voor eigen rekening en risico verrichten van werkzaamheden; het gericht zijn op en het perspectief hebben van het maken van winst; bekendmaking van het ondernemerschap en het streven naar meerdere opdrachtgevers.”*⁶⁴

Uit de verschillende definities blijkt dat zij sterk samenhangen met het begrip ondernemer.⁶⁵ De kwalificatie zelfstandige of werknemer heeft fiscaalrechtelijke gevolgen als het betalen van loonheffing en premies werknemersverzekeringen. Het is daarom begrijpelijk dat aangesloten wordt bij fiscaalrechtelijke definities. Het HvJ EU en de onderzoekers bij het IBO-rapport hanteren duidelijk een ruime definitie. Onder deze twee definities is het moeilijk om vast te stellen of een werker nu een zzp'er is of niet. De SER geeft meer criteria waar daadwerkelijk aan getoetst kan worden. Twee

⁶² HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*), r.o. 21.

⁶³ *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, Den Haag: Rijksoverheid 2015, p. iv.

⁶⁴ SER (Commissie Positie Zelfstandig Ondernemers), *Zzp'ers in beeld: Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel*, SER Advies nr. 2010/04, Den Haag 2010, p. 52-53.

⁶⁵ Grosheide, *TRA* 2015/20, p. 29-30.

belangrijke objectieve criteria zijn dan ook de zelfstandigheid en het voor eigen rekening en risico verrichten van werkzaamheden. Indien aan deze twee criteria wordt voldaan, is de uitkomst van de toets waarschijnlijk zzp'er.⁶⁶ De behandelde definities vervangen de rechterlijke toetsing niet. Leidend blijft het antwoord op de vraag of een werker is aan te merken als een werknemer. Indien men geen werknemer is, is men een zelfstandige. Door het hanteren van verschillende definities valt er te twisten over wie nu onder de categorie zzp'ers valt. Een eenduidige definitie geven van het begrip zzp'er lijkt al met al een onmogelijke opgave. In ieder geval moet er altijd terug gegrepen worden naar de vraag of men werknemer is of niet.

1.4 Schijnzelfstandigheid

In de literatuur wordt niet enkel gesproken over de zzp'er of de zelfstandige, maar ook over de schijnzelfstandige. Schijnzelfstandigheid is de term die wordt gebruikt voor de situatie waarin een persoon die formeel wordt aangemerkt als een zelfstandige, feitelijk aangemerkt moet worden als een werknemer omdat de arbeidsrelatie voldoet aan alle elementen van een arbeidsovereenkomst.⁶⁷

Volgens het HvJ EU verliest de persoon zijn hoedanigheid van zelfstandig marktdeelnemer in het geval hij zijn marktgedrag niet zelfstandig bepaalt doordat hij volledig afhankelijk is van de opdrachtgever en geen van de risico's draagt die voortvloeien uit de overeenkomsten die zijn gesloten hebben en hij te beschouwen is als een in de onderneming van de opdrachtgever opgenomen medewerker.⁶⁸

Volgens het HvJ EU zijn de volgende factoren bepalend voor het antwoord op de vraag of er sprake is van schijnzelfstandigheid.⁶⁹ In hoeverre die persoon onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen⁷⁰, hij niet deelt in de commerciële risico's van die werkgever⁷¹ en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt.⁷² Zoals eerder in par. 1.2.1 ook is aangegeven wordt indien de betreffende werker in het Unierecht aangemerkt als een werknemer, terwijl de werker naar nationaal recht wordt aangemerkt als een zelfstandige, gesproken van schijnzelfstandigheid in voornoemde zin.⁷³ Een duidelijk voorbeeld van deze situatie is terug te vinden in de zaak Danosa. Hoewel de directrice naar nationaal recht als zelfstandige werd aangemerkt, werd in het kader van het Unierecht

⁶⁶ SER (Commissie Positie Zelfstandig Ondernemers), *Zzp'ers in beeld: Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel*, SER Advies nr. 2010/04, Den Haag 2010, p. 52.

⁶⁷ Perulli 2003, p. 14-15.

⁶⁸ HvJ EG 14 december 2006, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784 (*Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*), r.o. 43-44.

⁶⁹ HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), r.o. 36.

⁷⁰ HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01, EU:C:2004:18 (*Allonby*), r.o. 72.

⁷¹ HvJ EG 14 december 1989, C-3/87, EU:C:1989:650 (*Agegate*), r.o. 36.

⁷² HvJ EG 16 september 1999, C-22/98, EU:C:1999:419 (*Becu e.a.*), r.o. 26.

⁷³ HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), r.o. 35.

geoordeeld dat zij werknemer en feitelijk dus schijnzelfstandige was. Door het HvJ EU werd, ongeacht de kwalificatie naar nationaal recht, feitelijk bekeken hoe uitvoering werd gegeven aan de arbeidsrelatie. Mevrouw Danosa werd aangesteld voor drie jaar, maakte integrerend deel uit van de vennootschap en moest verantwoording afleggen aan en samen werken met de raad van toezicht.⁷⁴ Zij kon na schorsing door de raad van toezicht door de aandeelhouders, een orgaan waarover zij geen zeggenschap heeft, ontslagen worden.⁷⁵

In de literatuur wordt schijnzelfstandigheid op verschillende manieren nader gedefinieerd. Volgens Boot zijn schijnzelfstandigen werkers die op papier zelfstandige zijn, maar feitelijk een arbeidsovereenkomst hebben.⁷⁶ Dit is zijns inziens een probleem, want het is de oorzaak van oneerlijke concurrentie, het dwarsboomt het stelsel van sociale zekerheid en het kost de overheid geld in de vorm van zelfstandigenaftrek.⁷⁷ Kreijger omschrijft schijnzelfstandigen als dienstverleners waarvan de werkrelatie vergelijkbaar is met die van werknemers.⁷⁸ Dit uit zich bijvoorbeeld in de vrijheid om het tijdschema en de plaats en de inhoud van het werk te kiezen, het delen in de commerciële risico's van de werkgever en of men tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van de werkgever, waarmee een economische eenheid wordt gevormd.⁷⁹ Gerbrandy en Kreijger spreken van 'afhankelijke zelfstandigen' en omschrijven deze groep als zelfstandigen die vrijwel volledig afhankelijk zijn van één of twee opdrachtgevers, de afhankelijke zelfstandige.⁸⁰ Zzp'ers uit de tweede groep lijken op schijnzelfstandigen maar kunnen onder de categorie zelfstandige vallen omdat bijvoorbeeld de gezagsrelatie niet aanwezig is.⁸¹ Volgens Perulli zijn er naast zzp'ers die werken voor verschillende opdrachtgevers onder andere twee groepen zzp'ers te onderscheiden: de "false self-employed workers"⁸² en de "fully dependent self-employed workers"⁸³ of "economically dependent self-employed workers".⁸⁴

Op basis van gegevens over schijnzelfstandigheid van Boot⁸⁵ trekt Alt voorzichtig de conclusie dat schijnzelfstandigheid in Nederland niet slechts de "absolute" onderkant van de arbeidsmarkt betreft

⁷⁴ HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 (Danosa), r.o. 48.

⁷⁵ HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 (Danosa), r.o. 48-50.

⁷⁶ Boot, *TRA* 2016/44, p. 3.

⁷⁷ Boot, *TRA* 2016/44, p. 3, 4, 7.

⁷⁸ Kreijger, *M&M* 2015/1, p. 20 verwijzend naar HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), r.o. 31.

⁷⁹ HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), r.o. 31.

⁸⁰ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 39.

⁸¹ Perulli 2003, p. 76-77.

⁸² Perulli 2003, p. 14-15; Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 38-39.

⁸³ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 38-39.

⁸⁴ Perulli 2003, p. 76-77.

⁸⁵ Boot, *TRA* 2012/84.

maar dat het probleem groter is dan wordt aangenomen.⁸⁶ Hieruit valt mijns inziens af te leiden dat niet alleen aan de onderkant van de markt schijnzelfstandigheid bestaat, maar mogelijk ook onder zzp'ers die een hoger uurtarief hanteren. De grens ligt mogelijk elders dan voorsnog werd aangenomen. Het aandeel op de gehele Nederlandse arbeidsmarkt van zelfstandigen waarbij de werkomstandigheden erg lijken op die van werknemers zou volgens de OESO slechts 1,7 procent zijn en afhankelijk van de onderzochte sector ligt dit percentage tussen de 2 en 17 procent.⁸⁷ Schijnzelfstandigheid lijkt op basis van die gegevens een relatief klein probleem. Dit roept de vraag op of het wel noodzakelijk is dat de regering zich op dit probleem focust. Het vaststellen van schijnzelfstandigheid vergt immers veel tijd en kennis van specifieke sectoren. Hoewel het verschil tussen werknemers en zzp'ers soms klein is, zijn er aan de kwalificatie van de overeenkomst grote rechtsgevolgen verbonden. Voor de overheid blijft het hierom een relevant probleem.⁸⁸ Uit verschillende onderzoeken blijkt overigens dat zzp'ers over het algemeen als zzp'er willen blijven werken en dus positief zijn over hun keuze.⁸⁹

1.5 Conclusie

Wat zijn nu zelfstandigen zonder personeel? Het lijkt onmogelijk om een eenduidige definitie van een zzp'er te geven. Wat wel vaststaat, is dat indien een arbeidsrelatie niet voldoet aan de vereisten voor een arbeidsovereenkomst, de persoon zijn arbeid als zelfstandige verricht. Zzp'ers zijn dus werkers die arbeid verrichten op basis van een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst. Met name aan de hand van het gezagscriterium wordt de arbeidsovereenkomst onderscheiden van de overige overeenkomsten krachtens welke arbeid wordt verricht. Een werknemer naar nationaal recht is een persoon die arbeid verricht op basis van een arbeidsovereenkomst. Van een arbeidsovereenkomst is sprake als de overeenkomst voldoet aan de eisen: loon, persoonlijke arbeid en gezagsverhouding. Overigens is de letterlijke tekst van de overeenkomst niet alleen van belang. Naast dat wordt beoordeeld hoe feitelijk uitvoering wordt gegeven aan de overeenkomst, worden de partijbedoelingen ook meegenomen. Alle relevante feiten en omstandigheden zijn dus van belang in de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. In het Europees mededingingsrecht wordt niet gesproken over werknemers of zelfstandigen maar over ondernemingen. Of er sprake is van een onderneming is afhankelijk van de vraag of een persoon werknemer is of niet. Naast de vereisten uit het Lawrie-Blum-arrest, die mijns inziens enigszins vergelijkbaar zijn met de eisen die het Nederlands recht stelt aan een arbeidsovereenkomst, is sinds het Jany-arrest vereist dat er pas van een zelfstandige kan worden

⁸⁶ Alt, *TRA* 2018/36, p. 6.

⁸⁷ *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, Den Haag: Rijksoverheid 2015, p. 28-29.

⁸⁸ *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, Den Haag: Rijksoverheid 2015, p. 59.

⁸⁹ In het IBO-rapport wordt verwezen naar verschillende onderzoeken. De onderzoeken variëren qua uitkomst tussen de 69 en 89 procent. *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, Den Haag: Rijksoverheid 2015, p. 25.

gesproken als naast het ontbreken van een gezagsverhouding omtrent de activiteit, arbeidsomstandigheden en beloning ook onder eigen verantwoordelijkheid diensten worden verricht en dat de beloning volledig en rechtstreeks aan de zelfstandige wordt betaald.

Het Unierechtelijke werknemersbegrip leidt er toe dat er onder- en bovengrenzen bestaan ten aanzien van een nationaalrechtelijke werknemersbegrip. Waar een ondergrens de lidstaat een minimumniveau van bescherming oplegt, zorgt een bovengrens ervoor dat de personele werkingsfeer niet door een lidstaat mag worden uitgebreid. Schijnzelfstandigheid is de situatie waarin een persoon die arbeid verricht formeel wordt aangemerkt als zelfstandige, maar feitelijk aangemerkt moet worden als een werknemer omdat de arbeidsrelatie voldoet aan alle elementen van een arbeidsovereenkomst. Niet alleen op nationaal niveau doet schijnzelfstandigheid zich voor, de situatie waarin een zelfstandige naar nationaal recht feitelijk aangemerkt moet worden als een werknemer naar nationaal recht, maar ook op Europees niveau, de situatie waarin een zelfstandige naar nationaal recht aangemerkt moet worden als een werknemer naar Europees recht. Indien in het vervolg wordt gesproken over schijnzelfstandigheid dan wordt schijnzelfstandigheid bedoeld op beide niveaus. Over het aandeel schijnzelfstandigen op de arbeidsmarkt valt te twisten. Het probleem lijkt sterk afhankelijk te zijn van de sector en van de vraag wat precies onder schijnzelfstandigheid wordt verstaan.

2. Het mededingingsrecht

2.1 Inleiding

De mededingingsregels zijn terug te vinden in het nationaal recht, de Mededingingswet (Mw) en het Europees recht, het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) en de Dienstenrichtlijn. De Mededingingswet is een uitwerking van het mededingingsrecht uit het VWEU. De belangrijkste bepalingen zijn op nationaal en Europees niveau vrijwel gelijk.⁹⁰ Op nationaal niveau houdt de Autoriteit Consument en Markt (ACM) toezicht op handhaving van het mededingingsrecht, op Europees niveau is dit de Europese Commissie.⁹¹ Tegen de bestuurlijke handhaving van het mededingingsrecht staan rechtsmiddelen open. Via de nationale rechter die vragen stelt middels de prejudiciële procedure belanden zaken bij het HvJ EU.⁹² De uitspraken van het HvJ EU gelden veelal rechtstreeks voor alle lidstaten van de Europese Unie. Lagere rechters zijn op grond van artikel 267, tweede alinea, VWEU niet verplicht om een prejudiciële vraag te stellen. De hoogste rechter binnen

⁹⁰ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 11.

⁹¹ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 11-15.

⁹² Amtenbrink & Vedder 2017, p. 383.

een procedure moet dit op grond van artikel 267, derde alinea, VWEU wel.⁹³ De bepalingen in het Europese mededingingsrecht vallen uiteen in twee groepen: bepalingen die zich richten op ondernemingen en bepalingen die gericht zijn op het handelen van de overheid.⁹⁴ In het kader van dit onderzoek zullen niet alle bepalingen binnen het Europese mededingingsrecht worden behandeld. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op: het kartelverbod (par. 2.2), de uitzonderingen op het kartelverbod (par. 2.3) en de nuttig effect-doctrine en de uitzonderingen hierop (par. 2.4).

2.2 Het kartelverbod

2.2.1 Inleiding

Het kartelverbod is neergelegd in artikel 101 lid 1 VWEU. Het verbod houdt in dat het maken van mededingingsbeperkende afspraken verboden is. Artikel 101 lid 2 VWEU bevat vervolgens een nietigheidssanctie. In geval van overtreding van het kartelverbod zijn de overeenkomsten en besluiten van rechtswege nietig. Op grond van de EU-Verordening 1/2003 mogen mededingingsautoriteiten, nationale rechters en de (Europese) Commissie het kartelverbod handhaven.⁹⁵

2.2.2. Bestanddelen

Artikel 101 lid 1 VWEU heeft veel weg van een strafbepaling. Voordat gesproken kan worden van een inbreuk op het mededingingsrecht moeten alle bestanddelen bewezen worden. Op grond van het kartelverbod verboden overeenkomsten zijn:

- overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of besluiten van ondernemingsverenigingen,
- tussen ondernemingen,
- die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden,
- en die ertoe stekken of ten gevolge hebben,
- dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

2.2.3 Overeenkomst

Het eerste vereiste wordt ruim uitgelegd. Het Gerecht geeft in het Bayer-arrest weer dat er sprake moet zijn van: *“(…) een wilsovereenstemming van ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voor zover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is.”*⁹⁶

⁹³ Schütze 2015, p. 329-334. Op de verwijzingsplicht zijn in het Cilfit-arrest drie uitzonderingen geformuleerd in welke gevallen mag worden afgezien van het stellen van een prejudiciële vraag: het stellen van een vraag is niet noodzakelijk voor het wijzen van het eindvonnis, de Europese regel is al uitgelegd of verduidelijkt door het HvJ EU (acte éclairé) of de Europese regel behoeft geen uitleg (acte clair). HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (Cilfit).

⁹⁴ Eijsbouts e.a. 2012, p. 167-170.

⁹⁵ Amtenbrink & Vedder 2017, p. 396-397.

⁹⁶ GvEA EG 26 oktober 2000, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242 (Bayer), r.o. 69. Herhaald in GvEA EG 3 december 2003, T-208/01, ECLI:EU:T:2003:326 (Volkswagen/Commissie), r.o. 32.

Hieruit blijkt dat het niet van belang is in welke vorm de overeenkomst is gegoten. Door het begrip overeenkomst ruim op te vatten, is het mogelijk dat een mondelinge overeenkomst ook valt onder het kartelverbod.⁹⁷

Afgestemde feitelijke gedragingen vallen onder het kartelverbod zodat partijen niet kunnen ontkomen aan de toepassing van artikel 101 VWEU door het vernietigen van het bewijsmateriaal.⁹⁸ Het is volgens het HvJ EU: “(...) een vorm van coördinatie tussen ondernemingen (...), die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico’s der onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking (...).”⁹⁹ Het gaat dus om coördinatie tussen ondernemingen waarbij geen overeenkomst wordt gesloten waaraan een wilsovereenstemming ten grondslag ligt, maar ondernemingen zich wel feitelijk zo gedragen.¹⁰⁰ Uit de rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging vereist dat een afstemming heeft plaatsgevonden, een daaropvolgend marktgedrag is ontstaan en een oorzakelijke verband tussen beide vereisten bestaat.¹⁰¹ Tot slot vallen besluiten van ondernemingsverenigingen onder artikel 101 VWEU zodat ondernemingen niet onder het kartelverbod uit kunnen komen door een branchevereniging een maatregel te laten afkondigen. Een eventuele overtreding van het kartelverbod kan dan aan de ondernemingsvereniging worden toegerekend, zodat aan diezelfde ondernemingsvereniging een boete kan worden opgelegd.¹⁰²

2.2.4 Onderneming

Ten aanzien van het tweede vereiste heeft het HvJ EU bepaald dat: “het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.”¹⁰³ Dit begrip is ruim geformuleerd met als gevolg dat zzp’ers in beginsel onder de toepassing van artikel 101 lid 1 VWEU vallen.¹⁰⁴ Het maakt dus niet uit wat de vorm van een onderneming is of het een onderneming is in de zin van artikel 101 VWEU maar de functie van de onderneming op de markt is van belang.¹⁰⁵ Natuurlijke personen vallen als onderneming gewoon onder de werking van het kartelverbod.¹⁰⁶ Volgens Amtenbrink & Vedder kan uit onder meer de AAMS-zaak worden afgeleid dat: “alle entiteiten die actief zijn op een markt en daar onder marktomstandigheden hun producten en/of diensten aanbieden en inkopen, als onderneming moeten worden aangemerkt.”¹⁰⁷

⁹⁷ Amtenbrink & Vedder 2017, p. 398.

⁹⁸ Amtenbrink & Vedder 2017, p. 399.

⁹⁹ HvJ EG 14 juli 1972, C-48/69, ECLI:EU:C:1972:70 (*ICI*), r.o. 64.

¹⁰⁰ Amtenbrink & Vedder 2017, p. 400.

¹⁰¹ HvJ EG 8 juli 1999, C-49/92, ECLI:EU:C:1999:356 (*Anic Partecipazioni*), r.o. 118.

¹⁰² Amtenbrink & Vedder 2017, p. 399.

¹⁰³ HvJ EG 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*), r.o. 21.

¹⁰⁴ HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), r.o. 27.

¹⁰⁵ Amtenbrink & Vedder 2017, p. 388.

¹⁰⁶ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 18.

¹⁰⁷ HvJ EG 16 juni 1987, C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283 (*AAMS*), r.o. 7-10;

2.2.5 Handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden

Het derde vereiste houdt in dat de overeenkomst de handel tussen lidstaten niet ongunstig mag beïnvloeden. Als de overeenkomst de handel tussen lidstaten niet beïnvloedt, dan is mogelijk wel het nationale mededingingsrecht van toepassing.¹⁰⁸ Het HvJ EU hanteert een ruime opvatting ten aanzien van dit vereiste. In het arrest *Consten & Grundig* overwoog het HvJ EU dat *“het hiertoe met name van belang is vast te stellen of de overeenkomst direct of indirect, terstond dan wel slechts potentieel, de vrije handel tussen de Lid-Staten op zodanige wijze kan beïnvloeden, dat de verwerkelijking van de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt¹⁰⁹ wordt geschaad; (...)”¹¹⁰* Om te voorkomen dat ondernemingen zich beroepen op het feit dat het kartel zich slechts strekt tot het nationale grondgebied en stellen dat er geen handel *tussen* lidstaten wordt beïnvloed, overwoog het HvJ EU in het *VCH*-arrest *“dat een ondernemersafpraak die het gehele grondgebied van een Lid-Staat bestrijkt, naar haar aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg heeft, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist en de nationale productie bescherming verschaft”*.¹¹¹

De ruime toepassing bleek niet eenvoudig te hanteren en is hierom in het arrest *Bagnasco* enigszins beperkt.¹¹² Er moet nu sprake zijn van, zoals Eijsbouts dit verwoordt, een realistische mogelijkheid tot nadelige beïnvloeding van de interstatelijke handel.¹¹³ Er moet volgens het HvJ EU sprake zijn van voldoende mate van waarschijnlijkheid dat de handel tussen lidstaten wordt beïnvloed. Dit moet blijken uit een objectieve analyse van feiten en recht waaruit voort moet komen dat de handelsstromen anders zouden verlopen dan het geval zou zijn bij afwezigheid van de overeenkomst.¹¹⁴

2.2.6. Ertoe strekken of ten gevolge hebben

Het vierde vereiste, ‘ertoe strekken of ten gevolge hebben’, is zodanig geformuleerd dat een overeenkomst in strijd kan zijn met artikel 101 VWEU, ook al strekt de overeenkomst er niet toe de mededinging te beperken. Ondernemingen kunnen namelijk een overeenkomst sluiten waarbij zij niet beogen de mededinging op de markt te beperken. Om de interne markt te beschermen is daarom gekozen om ook overeenkomsten die als gevolg hebben dat zij de mededinging beperken in strijd te

Op het begrip onderneming zijn twee uitzonderingen: een onderneming die een typische overheidstaak uitvoert (overheidsprerogatieven) en ondernemingen met niet-economische activiteiten, dit zijn bijvoorbeeld verzekeraars en pensioenfondsen. De overheid mag deze ondernemingen wel regels opleggen. Zie o.a. *Amttenbrink & Vedder* 2017, p. 388.

¹⁰⁸ Eijsbouts e.a. 2012, p. 172.

¹⁰⁹ De gemeenschappelijke markt wordt tegenwoordig de interne markt genoemd.

¹¹⁰ HvJ EG 13 juli 1966, C-56/64 & C-58/64, ECLI:EU:C:1966:41 (*Consten & Grundig*).

¹¹¹ HvJ EG 17 oktober 1972, C-8/72, ECLI:EU:C:1972:84 (*VCH*), r.o. 29.

¹¹² HvJ EG 21 januari 1999, C-215/95 & C-216/96, ECLI:EU:C:1999:12 (*Bagnasco*), r.o. 47.

¹¹³ Eijsbouts e.a. 2012, p. 173.

¹¹⁴ Eijsbouts e.a. 2012, p. 173.

laten zijn met het kartelverbod.¹¹⁵ Door de formulering van dit vereiste, bestaat er een onderscheid tussen strekkings- en gevolgbeperkingen. In de gevoegde zaken Consten en Grundig heeft het HvJ EU bepaald dat de Europese Commissie in het geval is aangetoond dat een afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken niet hoeft te onderzoeken wat de gevolgen zijn.¹¹⁶ Of een afspraak een strekkingsbeperking of een gevolgbeperking is, wordt bepaald aan de hand van de economische ervaring. In het Cartes Bancaires-arrest overwoog het HvJ EU dat: *“bepaalde kartelafspraken, zoals die welke tot horizontale prijsbepaling door kartels leiden, beschouwd kunnen worden als afspraken die een zodanig groot risico op negatieve beïnvloeding van inzonderheid de prijs, de hoeveelheid en de kwaliteit van de producten en diensten inhouden, dat het overbodig kan worden geacht voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG aan te tonen dat zij concrete effecten hebben op de markt (...). De ervaring leert namelijk dat dergelijke gedragingen leiden tot productieverminderingen en prijsstijgingen, waardoor de middelen inefficiënt worden ingezet, hetgeen inzonderheid de consumenten schaadt.”*¹¹⁷ Deze overweging betekent dat bij een afspraak omtrent een prijs niet aangetoond hoeft te worden wat het effect is op de markt. Een minimumprijs leidt tot een prijsstijging, wat de consument zal schaden. Bij de beoordeling of een afspraak een mededingingsbeperkende strekking heeft, moet in elk geval worden gelet op bewoordingen, doelstellingen en op de economische en juridische context.¹¹⁸

2.2.7. Verhinderingsbeperking of vervalsing van de mededinging

Het laatste vereiste omschrijft drie vormen van een mededingingsbeperking namelijk: verhinderingsbeperking of vervalsing. Waar bij strekkingsbeperkingen vaststaat dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, moeten bij gevolgbeperkingen onderzocht worden of zij merkbaar zijn.¹¹⁹ Een overeenkomst kan volgens het HvJ EU aan het kartelverbod ontkomen *“wanneer zij, wegens de zwakke positie welke belanghebbenden op de markt voor de betrokken producten innemen, de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloedt.”*¹²⁰ In het geval ondernemingen concurrenten zijn van elkaar wordt in beginsel niet door de (Europese) Commissie opgetreden tegen een beperkende overeenkomst zolang de ondernemingen een marktaandeel van 10% of minder hebben. Als ondernemingen niet elkaars concurrenten zijn dan geldt een percentage van 15% voor elke onderneming als maximaal marktaandeel.¹²¹ Deze bagatelbepaling geldt

¹¹⁵ Amtenbrink & Vedder 2017, p. 401-402.

¹¹⁶ HvJ EG 13 juli 1966, C-56/64 & C-58/64, ECLI:EU:C:1966:41 (*Consten & Grundig*). Dit is ten aanzien van een minimumprijs voor een product herhaalt in HvJ EG 30 januari 1985, C-123/83, ECLI:EU:C:1985:33 (*BNIC/Clair*), r.o. 22.

¹¹⁷ HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Cartes Bancaires*), r.o. 51.

¹¹⁸ HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Cartes Bancaires*), r.o. 53.

¹¹⁹ Eijsbouts e.a. 2012, p. 175.

¹²⁰ HvJ EG 9 juli 1969, C-5/69, ECLI:EU:C:1969:35 (*Völk/Vervaecke*), r.o. 7.

¹²¹ *PbEU* 2001, C 368/13.

overigens niet voor zogenaamde hardcore beperkingen. Dit zijn bepalingen met beperkingen die nagenoeg altijd verboden zijn.¹²² Hierbij valt te denken aan prijsafspraken of marktverdelingsafspraken. Een minimumtarief voor zzp'ers al dan niet binnen een specifieke sector is volgens Grosheide en Barenberg in strijd met het Europees recht. Een minimumtarief valt namelijk onder de categorie prijsafspraken. Zij formuleren dit als volgt: *“minimum fees fixed by bilateral or multilateral agreements among the self-employed or by collective bargaining agreements between unions representing the self-employed and associations of employers are in conflict with EU law since these agreements are concluded between undertakings and restrict price competition in the product market prices, that is, in the form of fees paid for the services of the self-employed.”*¹²³ Een minimumtarief valt daarmee mijns inziens onder het kartelverbod.

2.3 Uitzonderingen op het kartelverbod

2.3.1 Artikel 101 lid 3 VWEU

Het derde lid van artikel 101 VWEU maakt mogelijk om het kartelverbod in het eerste lid buiten toepassing te verklaren. De onderstaande vier voorwaarden, waarvan twee positieve en twee negatieve, zijn cumulatief, wat betekent dat alle voorwaarden moeten worden vervuld voordat het eerste lid van artikel 101 VWEU buiten toepassing kan worden verklaard.¹²⁴ De (Europese) Commissie formuleert de vier voorwaarden als volgt:

- “1. de overeenkomst moet bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang;
2. een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen moet de gebruikers ten goede komen;
3. de beperkingen moeten onmisbaar zijn voor het bereiken van deze doelstellingen, en
4. de verticale overeenkomst mag de partijen niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.”¹²⁵

Deze voorwaarden worden in de volgende paragrafen kort toegelicht, waarbij de twee laatstgenoemde voorwaarden gezamenlijk zullen worden besproken.

2.3.1.1 Efficiëntievoordelen

Uit de richtsnoeren van de (Europese) Commissie blijkt dat naar analogie de eerste voorwaarde ook geldt voor diensten, ook al wordt er slechts gesproken over producten.¹²⁶ Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat het hierbij gaat om objectieve voordelen.¹²⁷ De subjectieve voordelen, de voordelen voor de partijen zelf mogen niet in aanmerking genomen worden. De Commissie formuleert dit als

¹²² Eijsbouts e.a. 2012, p. 176.

¹²³ Grosheide & Barenberg 2016, p. 202.

¹²⁴ Amtenbrink & Vedder 2017, p. 412.

¹²⁵ *PbEU* 2004, C 101/102, punt 34.

¹²⁶ *PbEU* 2004, C 101/104, punt 48.

¹²⁷ HvJ EG 13 juli 1966, C-56/64 & C-58/64, ECLI:EU:C:1966:41 (*Consten & Grundig*).

volgt: *“Dit betekent dat efficiëntieverbeteringen niet worden beoordeeld uit het subjectieve standpunt van de partijen. Kostenbesparingen die voortvloeien uit het feit dat de partijen enkel hun marktmacht uitoefenen, kunnen niet in aanmerking worden genomen. Wanneer bijvoorbeeld ondernemingen overeenkomen om prijzen vast te stellen of markten te verdelen, beperken zij de productie en zodoende ook de productiekosten.”*¹²⁸ Gerbrandy en Kreijger twijfelen dan ook of voordelen als een verbeterde inkomenspositie voor zzp’ers of het voorkomen van concurrentie tussen werknemers en zzp’ers in de zin van een race to the bottom of social dumping hieronder kunnen vallen.¹²⁹

2.3.1.2 Billijk aandeel voor gebruikers

Het begrip gebruikers bestaat volgens de Commissie niet alleen uit de rechtstreekse gebruikers van de diensten van zzp’ers, maar ook uit de niet directe gebruikers, zoals de consument als uiteindelijke koper van een product.¹³⁰ Een billijk aandeel houdt in dat *“het doorgeven van voordelen de gebruikers minstens moet compenseren voor eventuele daadwerkelijke of te verwachten negatieve gevolgen die zij ondervinden van de beperking van de mededinging die op grond van artikel 81, lid 1, is vastgesteld.”*¹³¹ Dit betekent dat indien consumenten een hogere prijs betalen voor hun product zij gecompenseerd moeten worden door een betere kwaliteit van het product of andere voordelen die de consument voldoende compenseren.¹³²

Volgens Gerbrandy en Kreijger is het nog maar de vraag of aangetoond kan worden dat het invoeren van een minimum aan de voorwaarde, een billijk aandeel voor de gebruikers, kan worden voldaan.¹³³ Zij stellen dat dit zeker het geval is bij lange-termijn voordelen die voornamelijk zijn gericht op de gehele samenleving: *“de ‘totale welvaart’ wordt dan mogelijk bevorderd, maar zonder duidelijk en overwegend voordeel voor specifiek consumentenwelvaart zou, in een systeem waarin de nadruk op consumentenwelvaart ligt, geen vrijstelling mogelijk zijn.”*¹³⁴ Naar hun verwachting is het door deze twee vereisten dan ook niet eenvoudig om te bewijzen dat bij een tariefafpraak wordt voldaan aan de uitzondering van artikel 101 lid 3 VWEU.¹³⁵ Desondanks laat ik voor de volledigheid de twee voorwaarden onmisbaarheid en restconcurrentie niet onbesproken.

¹²⁸ *PbEU* 2004, C 101/104, punt 49.

¹²⁹ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 26.

¹³⁰ *PbEU* 2004, C 101/109, punt 84.

¹³¹ *PbEU* 2004, C 101/110, punt 85.

¹³² *PbEU* 2004, C 101/110, punt 86.

¹³³ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 27.

¹³⁴ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 27.

¹³⁵ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 25.

2.3.1.3 Onmisbaarheid en restconcurrentie

Om te voldoen aan de uitzondering van artikel 101 lid 3 VWEU moet ook worden voldaan aan de twee voorwaarden onmisbaarheid en restconcurrentie.

De toets voor onmisbaarheid heeft als eerste eis dat de overeenkomst op zich redelijkerwijs noodzakelijk is voor het behalen van de efficiëntieverbeteringen.¹³⁶ Daarnaast *“dienen de individuele mededingingsbeperkingen die uit de overeenkomst voortvloeien, eveneens redelijkerwijs noodzakelijk te zijn voor het behalen van de efficiëntieverbeteringen.”*¹³⁷ Maar nog belangrijker is de factor dat *“uit economisch oogpunt geen andere praktisch haalbare en minder beperkende middelen zijn om de efficiëntieverbeteringen te behalen”*.¹³⁸ De Commissie maakt daarbij bekend dat zij slechts zal optreden als het redelijkerwijs duidelijk is dat er realistische en haalbare alternatieven aanwezig zijn. Zolang partijen kunnen aantonen dat de alternatieven minder efficiënt zijn, is aan deze voorwaarde voldaan.

Met de laatste voorwaarde wordt tot uitdrukking gebracht dat partijen niet alle concurrentie mogen uitschakelen. De Commissie geeft als voorbeeld: *“Dit is met name het geval wanneer een overeenkomst de uitschakeling meebrengt van prijsconcurrentie of van concurrentie op het punt van innovatie en ontwikkeling van de nieuwe producten.”*¹³⁹ Gerbrandy en Kreijger zijn van mening dat hieronder collectieve tariefafspraken voor zzp'ers in een bepaalde sector als geheel vallen.¹⁴⁰ Want welke restconcurrentie blijft erover indien een tariefafpraak geldt voor de gehele sector?

2.3.1.4 Tussenconclusie: artikel 101 lid 3 VWEU

De uitzondering van artikel 101 lid 3 VWEU is op basis van positieve economische effecten. Overeenkomsten die in strijd zijn met het eerste lid, kunnen worden uitgezonderd wanneer aan de positieve effecten ervan meer gewicht wordt gehangen dan het beperkende effect op de concurrentie.¹⁴¹ Het eerste vereiste ziet op het feit dat de overeenkomst efficiëntieverbeteringen met zich mee moet brengen. Als aanvulling hierop moet op grond van het tweede vereiste dit een voordeel opleveren voor de consument. Daarnaast bepaalt het derde vereiste dat de beperking proportioneel moet zijn. De beperking moet noodzakelijk zijn om de doelstellingen te behalen. Het vierde vereiste ziet op het feit dat er geen machtsposities ontstaan op de markt.¹⁴² Er moet dus nog wel voldoende concurrentie op de markt overblijven.

¹³⁶ *PbEU* 2004, C 101/107, punt 73.

¹³⁷ *PbEU* 2004, C 101/107, punt 73.

¹³⁸ *PbEU* 2004, C 101/108, punt 75.

¹³⁹ *PbEU* 2004, C 101/113, punt 110.

¹⁴⁰ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 27.

¹⁴¹ Eijsbouts e.a. 2012, p. 177.

¹⁴² Eijsbouts e.a. 2012, p. 177.

2.3.2 Het cultureel belang en artikel 101 lid 3 VWEU

Bij het mogelijk maken van collectief onderhandelen voor zzp'ers in de culturele en creatieve sector speelt het publiek belang van cultuur en kunst mogelijk een rol. De Europese Unie erkent het belang van cultuur in artikel 167 lid 1 VWEU. Dit komt tot uitdrukking in lid 1 en 4 van dit artikel:

“1. De Unie draagt bij tot de ontplooiing van de culturen van de lidstaten onder eerbiediging van de nationale en regionale verscheidenheid van die culturen, maar tegelijk ook de nadruk leggend op het gemeenschappelijk cultureel erfgoed.

(...)

4. De Unie houdt bij haar optreden uit hoofde van andere bepalingen van de Verdragen rekening met de culturele aspecten, met name om de culturele verscheidenheid te eerbiedigen en te bevorderen.”

In de richtsnoeren maakt de Commissie duidelijk: *“Doelstellingen die worden nagestreefd met andere Verdragsbepalingen kunnen in aanmerking worden genomen in zoverre zij onder de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, kunnen worden begrepen”*¹⁴³ Het enkel erkennen van een cultureel belang brengt niet met zich mee dat het kartelverbod buiten toepassing kan worden verklaard. Het lijkt er meer op dat de Commissie heeft willen verduidelijken dat de overige doelstellingen van het VWEU als gezichtspunten moet worden gezien bij de beoordeling of een beroep kan worden gedaan op artikel 101 lid 3 VWEU. Het Gerecht heeft in het STIM-arrest bepaald dat de Commissie culturele aspecten in ogenschouw moet nemen bij andere doelstellingen van het VWEU.¹⁴⁴ Dit betekent dat de Commissie bij de toepassing van artikel 101 VWEU, voornamelijk bij de uitzondering op het kartelverbod van artikel 101 lid 3 VWEU, de culturele diversiteit als belang moet meenemen, mocht er sprake zijn van een activiteit die samenhangt met cultuur.

Gerbrandy en Kreijger geven in hun voorbeeld van minimumtarieven voor freelance journalisten en de vaste boekenprijs aan dat het moeilijk is om het belang van voldoende culturele diversiteit als onmisbaar te zien.¹⁴⁵ Zij komen tot de conclusie dat de onmisbaarheid van de beperking voor het hoger belang, de vrije markt, niet aantoonbaar is en niet past in de benadering van artikel 101 lid 3 VWEU. De uitzondering van het kartelverbod is namelijk niet opgesteld om voorzorgsredeneringen te faciliteren. Hiermee wordt bedoeld dat bijvoorbeeld de overheid het zekere voor het onzekere neemt om maar te voorkomen dat er minder culturele diversiteit voorkomt.

¹⁴³ *PbEU* 2004, C 101/103, punt 42. Whish & Bailey 2015, p. 169.

¹⁴⁴ Gerecht EU 12 april 2013, T-451/08, ECLI:EU:T:2013:189 (*STIM/Commissie*), r.o. 73. Uitspraak is slechts beschikbaar in Engels en Frans.

¹⁴⁵ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 30.

2.3.3 De cao-exceptie

Op grond van artikel 1 lid 2 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) betreft een cao niet per definitie louter arbeidsovereenkomsten. Een cao kan ook aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht betreffen.¹⁴⁶ Alles wat in de Wet CAO is bepaald omtrent arbeidsovereenkomsten, werkgevers en werknemers is volgens datzelfde lid van overeenkomstige toepassing op de overeenkomst van aanneming van werk en de overeenkomst van opdracht. Hieruit zou geconcludeerd kunnen worden dat een opdrachtgever door een cao gebonden kan zijn en aan de zzp'er minimaal een bij de cao bepaald tarief moet betalen.¹⁴⁷

Uit de Albany-jurisprudentie van het HvJ EU¹⁴⁸ volgt dat de overeenkomsten die tussen sociale partners worden gesloten in het kader van collectieve onderhandelingen en die de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers verbeteren, wegens hun aard en doel niet onder het kartelverbod, artikel 101 lid 1 VWEU, vallen.¹⁴⁹ Deze cao-exceptie, ofwel Albany-exceptie, brengt met zich dat een cao is uitgezonderd van het kartelverbod en dus niet in strijd is met het mededingingsrecht zover de cao bijdraagt aan verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers.¹⁵⁰ Stege merkt op dat deze uitzondering specifiek voor werknemers werd gemaakt.¹⁵¹ Het was daardoor niet duidelijk of de cao-exceptie ook voor zelfstandigen zou gaan gelden. Zelfstandigen zijn, zoals in hoofdstuk 1 is behandeld, binnen het Unierecht ondernemers. Voor hen gelden dus andere regels. Het Unierecht bevat dan ook geen bepalingen die een sociale dialoog ondersteunen tussen zelfstandigen en hun opdrachtgevers.¹⁵² Voor werknemers is dit bijvoorbeeld wel geregeld in Titel X van het VWEU.

Afhankelijk van de omstandigheden kan een afspraak omtrent een minimumtarief voor zzp'ers in een cao in strijd zijn met het kartelverbod uit het mededingingsrecht (artikel 101 VWEU). Dit probleem kwam in het FNV KIEM-arrest aan de orde.¹⁵³ In de CAO Remplaçanten Nederlandse Orkesten was een bepaling opgenomen omtrent een minimumtarief voor zelfstandige remplaçanten die werkzaamheden voor orkesten verrichten op basis van een overeenkomst van opdracht. De vraag die zich voordeed in dit arrest was de vraag of deze afspraak omtrent het minimumtarief in de cao te

¹⁴⁶ Houweling 2017, p. 467.

¹⁴⁷ Houweling 2017, p. 467.

¹⁴⁸ De Albany-jurisprudentie bestaat uit de arresten Albany, Brentjens en Drijvende Blokken. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*); HvJ EG 21 september 1999, C-115/97, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens*); HvJ EG 21 september 1999, C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437 (*Drijvende Bokken*).

¹⁴⁹ HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*), r.o. 58-60.

¹⁵⁰ Zie o.a. Houweling 2017, p. 467-469; Boumans, *TVP* 2016/21, p. 12; Amtenbrink & Vedder 2017, p. 411.

¹⁵¹ Stege, *ArbeidsRecht* 2016/44, p. 20.

¹⁵² Stege, *ArbeidsRecht* 2016/44, p. 20.

¹⁵³ HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*).

kwalficeren is als een afspraak die onder de cao-exceptie valt.¹⁵⁴ Het HvJ EU overwoog dat de cao-exceptie van toepassing is in het geval dat een cao bepalingen bevat omtrent zelfstandigen, en deze zelfstandigen moeten worden gezien als schijnzelfstandigen omdat hun situatie vergelijkbaar is met die van werknemers.¹⁵⁵ Uit de overwegingen van het HvJ EU volgt dat een bepaling in een cao omtrent minimumtarieven voor zelfstandigen niet is toegestaan, behalve in het geval de situatie van de zelfstandige vergelijk is met die van een werknemer en dus een schijnzelfstandige is.¹⁵⁶ Hierbij moet beoordeeld worden of de dienstverlener een zelfstandig marktdeelnemer is en of de persoon handelt onder leiding van zijn werkgever oftewel zich in een ondergeschiktheidsrelatie bevindt.¹⁵⁷ Bij het laatste is van belang of zelfstandigen vergeleken met werknemers die hetzelfde werk verrichtten *“over meer zelfstandigheid en flexibiliteit beschikken voor wat betreft het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken (...)”*¹⁵⁸ Als blijkt dat er sprake is van schijnzelfstandigen dan moet onderzocht worden wat het doel is van de cao. Het HvJ EU overweegt: *“Voor zover een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst minimumtarieven vastlegt voor dienstverrichters die „schijnzelfstandigen” zijn, kan zij bijgevolg op grond van de aard en het doel ervan niet onder de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU vallen.”*¹⁵⁹ Minimumtarieven dragen bij aan verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van schijnzelfstandigen. Het doelvereiste vormt ten aanzien van minimumtarieven geen probleem zolang het schijnzelfstandigen betreft. Collectief onderhandelen is dus ten aanzien van minimumtarieven voor ‘echte’ zzp’ers uitgesloten.¹⁶⁰

2.3.4 Tussenconclusie: het kartelverbod

Het kartelverbod, artikel 101 lid 1 VWEU, zorgt ervoor dat het sluiten van mededingingsbeperkende afspraken niet is toegestaan. Het kartelverbod is in beginsel gericht tot ondernemingen. Het begrip onderneming moet ruim opgevat worden, hetgeen betekent dat natuurlijke personen ook vallen onder de werkingssfeer van het kartelverbod. Binnen het kartelverbod wordt een onderscheid gemaakt tussen strekkings- en gevolgbeperkingen. Bij strekkingsbeperkingen hoeft in tegenstelling tot gevolgbeperkingen niet bewezen te worden wat het effect is op de mededinging op de markt. Afspraken omtrent tarieven vallen onder de categorie prijsafspraken. Dergelijke afspraken zijn over het algemeen strekkingsbepalingen, omdat vaststaat dat een prijsstijging de consument zal benadelen. Het derde lid van artikel 101 VWEU vormt een uitzondering op het kartelverbod. Een overeenkomst die voldoet aan de vier vereisten van artikel 101 lid 3 VWEU: efficiëntievoordelen, billijk aandeel voor

¹⁵⁴ Boumans, *TVP* 2016/21, p. 15.

¹⁵⁵ Boumans, *TVP* 2016/21, p. 15.

¹⁵⁶ HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), r.o. 41-42.

¹⁵⁷ Stege, *ArbeidsRecht* 2016/44, p. 20.

¹⁵⁸ Stege, *ArbeidsRecht* 2016/44, p. 20.

¹⁵⁹ HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), r.o. 41.

¹⁶⁰ Gebrandy & Kreijger 2017, p. 21-22.

gebruikers, onmisbaarheid en restconcurrentie, valt buiten de reikwijdte van artikel 101 lid 1 VWEU. Publieke belangen, zoals culturele diversiteit, mogen bij een eventuele uitzondering op het kartelverbod van artikel 101 lid 3 VWEU worden meegewogen. De cao-exceptie is een uitzondering op het kartelverbod die met zich meebrengt dat cao's zijn uitgezonderd van het kartelverbod mits zij bijdragen aan de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers. Cao-bepalingen omtrent schijnzelfstandigen kunnen met een beroep op de cao-exceptie uitgezonderd worden van de toepassing van het kartelverbod. Voor 'echte' zelfstandigen bieden slechts de eerste twee uitzonderingen mogelijk een uitkomst.

2.4 De nuttig effect-doctrine

2.4.1 Inleiding

Het kartelverbod is van toepassing op het handelen van ondernemingen. Dit verbod ziet in beginsel niet op maatregelen van de overheid.¹⁶¹ Om te voorkomen dat lidstaten van de Europese Unie met overheidsmaatregelen het kartelverbod opzij kunnen zetten, heeft het HvJ EU de nuttig effect-doctrine ontwikkeld.¹⁶² Op grond van artikel 4 lid 3 VEU is het lidstaten verboden maatregelen treffen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het VEU in gevaar kunnen brengen.¹⁶³ Een voorbeeld van een overheidsmaatregel die in strijd is met deze leer is het algemeen verbindend verklaren van een cao waarin een kartelafpraak is opgenomen.¹⁶⁴ Een AVV van cao-bepalingen die in strijd zijn met het mededingingsrecht kan ervoor zorgen dat het nuttig effect aan artikel 101 of 102 VWEU wordt ontnomen. De mededingingsbeperking is hier het gevolg van het optreden van de overheid en niet van de ondernemingen, zodat het kartelverbod in dergelijke gevallen niet aan de orde is.¹⁶⁵

2.4.2 Loyaliteitsbeginsel en het kartelverbod

In het Inno-arrest heeft het HvJ EU voor het eerst bepaald dat uit het loyaliteitsbeginsel voortvloeit dat, hoewel de mededingingsregels zich richten tot ondernemingen, lidstaten de verplichting hebben om geen maatregelen te handhaven of te nemen die het nuttig effect kunnen ontnemen aan een Europese bepaling.¹⁶⁶ Artikel 4 lid 3 VEU in samenhang met artikel 101 VWEU moet gelezen worden

¹⁶¹ Tenzij het gaat om de overheid in de zin als marktpartij. Zie o.a. Zippro 2009, p. 51; Eijsbouts e.a. 2012, p. 186. Op het onderwerp overheidsingrijpen in de mededinging door publieke ondernemingen zal niet worden ingegaan gezien voor dit onderzoek slechts het handelen van de overheid in de vorm van de wetgever (het invoeren van een wet) dan wel de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (het algemeen verbindend verklaren van een cao) van belang is.

¹⁶² Eijsbouts e.a. 2012, p. 190.

¹⁶³ Amtenbrink & Vedder 2017, p. 177-178.

¹⁶⁴ Amtenbrink & Vedder 2017, p. 431.

¹⁶⁵ Amtenbrink & Vedder 2017, p. 431.

¹⁶⁶ HvJ EG 16 november 1977, C-13/77, ECLI:EU:C:1977:185 (*INNO*), r.o. 30-31.

als een beperking voor de lidstaten om mededingingsbeperkende maatregelen te nemen of te bekrachtigen. De nationale mededingingsautoriteiten zijn op grond van het CIF-arrest verplicht om de nuttig effect-doctrine toe te passen.¹⁶⁷

Een belangrijke vuistregel om te beoordelen of er sprake is van een maatregel van de overheid die het nuttig effect aan de mededingingsregels ontnemt is door het HvJ EU gegeven in het Van Eycke/Aspa-arrest.¹⁶⁸ Hierin is door het HvJ EU bepaald dat: *“uit de samenhang van de artikelen 85 en 86 met artikel 5 EEG-Verdrag¹⁶⁹ volgt, dat de Lid-Staten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken.”*¹⁷⁰ Vervolgens noemt het HvJ EU een niet limitatieve opsomming van gevallen waarin hiervan sprake kan zijn: *“wanneer een Lid-Staat het tot stand komen van met artikel 85¹⁷¹ strijdige afspraken oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen over te dragen.”*¹⁷²

Van het opleggen, begunstigen of het versterken van de werking van een met het kartelverbod strijdige overeenkomst is sprake indien ondernemingen een met het kartelverbod strijdige overeenkomst sluiten, die door de overheid vervolgens wordt goedgekeurd of bekrachtigd, bijvoorbeeld door een algemeenverbindendverklaring of het overnemen van een mededingingsbeperkende afspraak in een wettelijke regeling.¹⁷³ Voorbeelden van dit laatste zijn het in een wettelijke regeling opnemen van een minimumprijs voor gedestilleerde witte wijn en cognac-brandewijn door de Franse overheid¹⁷⁴ en een wettelijke regeling met een tariefafpraak voor douane-expediteurs in Italië.¹⁷⁵ In beide zaken werd gesteld dat de overheidsmaatregel het nuttig effect ontnemt aan het kartelverbod als bedoeld in artikel 101 lid 1 VWEU doordat de mededingingsbeperkende afspraak door de overheid werd opgelegd, begunstigd of de werking ervan werd versterkt.

Bij het laatste voorbeeld van het HvJ EU moet bijvoorbeeld worden onderzocht *“of de overheid haar bevoegdheden op het gebied van vaststelling van de tarieven niet aan particuliere marktdeelnemers*

¹⁶⁷ HvJ EG 9 september 2003, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 (CIF), r.o. 49-50.

¹⁶⁸ Eijsbouts e.a. 2012, p. 190. HvJ EG 21 september 1988, C-267/86, ECLI:EU:C:1988:427 (Van Eycke/Aspa).

¹⁶⁹ Artikel 85 en 86 zijn heden artikel 101 en 102 VWEU. Artikel 5 EEG is heden artikel 4 lid 3 VEU.

¹⁷⁰ HvJ EG 21 september 1988, C-267/86, ECLI:EU:C:1988:427 (Van Eycke/Aspa), r.o. 16.

¹⁷¹ Artikel 85 is heden artikel 101 VWEU.

¹⁷² HvJ EG 21 september 1988, C-267/86, ECLI:EU:C:1988:427 (Van Eycke/Aspa), r.o. 16. Herhaald in HvJ EG 17 november 1993, C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886 (Reiff), r.o. 14.

¹⁷³ Amtenbrink & Vedder 2017, p. 431.

¹⁷⁴ HvJ EG 30 januari 1985, C-123/83, ECLI:EU:C:1985:33 (BNIC/Clair).

¹⁷⁵ HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303 (CNSD).

heeft overgedragen.”¹⁷⁶ Hierbij moet gedacht worden aan een tariefcommissie bestaande uit leden van particuliere marktdeelnemers die een beslissing nemen omtrent een minimumtarief binnen een bepaalde sector, waarbij de overheid geen invloed meer heeft over het door die commissie vastgestelde tarief.¹⁷⁷ In het Reiff-arrest werd geconcludeerd dat de Duitse overheid de bevoegdheden omtrent de uiteindelijke beslissing niet had overdragen aan particuliere marktdeelnemers.¹⁷⁸ Het HvJ EU kwam tot dit oordeel doordat de (Bonds)minister van Verkeer in overleg met de (Bonds)minister van Economische zaken zijn besluit over de wegvervoertarieven in de plaats mocht stellen van het besluit van de tariefcommissie, indien de minister van mening was dat het door de tariefcommissie vastgestelde tarief niet in overeenstemming is met het algemeen belang.¹⁷⁹ Zolang de bevoegdheid of de uiteindelijke beslissing omtrent minimumtarieven bij de overheid blijft, wordt niet in strijd gehandeld met de nuttig effect-doctrine.

2.4.3 Uitzonderingen op de nuttig effect-doctrine

Om te voorkomen dat in strijd wordt gehandeld met de nuttig effect-doctrine kan een lidstaat ervoor zorgen dat, indien een besluit wordt genomen op voorstel van of in samenwerking met een beroepsgroep, in het besluit het algemeen belang gewaarborgd wordt.¹⁸⁰ In het arrest Delta Schiffahrts werd het vaststellen van de tarieven overgelaten aan bepaalde commissies. Maar doordat de betreffende minister het recht had om een eigen besluit in plaats te stellen van de commissies, in het geval het besluit van de commissies in strijd was met het algemeen belang, oordeelde het HvJ EU dat er geen sprake was van overheidshandelen dat in strijd was de nuttig effect-doctrine.¹⁸¹ De besluitvorming omtrent de tarieven was niet volledig aan de commissie, een particuliere instelling, overgedragen.

Een lidstaat heeft dus de mogelijkheid om ervoor te zorgen dat ondernemingen niet in strijd handelen met artikel 101 VWEU. De overeenkomst tussen de ondernemingen wordt dan objectief gerechtvaardigd in het kader van het algemeen belang.¹⁸² In het API-arrest is het algemeen belang dat behartigd wordt verkeersveiligheid.¹⁸³ Onder het algemeen belang vallen naast veiligheid onder andere zaken als volksgezondheid, consumentenbescherming en het waarborgen van de kwaliteit van

¹⁷⁶ HvJ EG 17 november 1993, C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886 (*Reiff*), r.o. 20.

¹⁷⁷ Eijsbouts e.a. 2012, p. 191.

¹⁷⁸ HvJ EG 17 november 1993, C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886 (*Reiff*), r.o. 23.

¹⁷⁹ HvJ EG 17 november 1993, C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886 (*Reiff*), r.o. 22.

¹⁸⁰ HvJ EG 9 juni 1994, C-153/93, ECLI:EU:C:1994:240 (*Delta Schiffahrts*), r.o. 15-22.

¹⁸¹ HvJ EG 9 juni 1994, C-153/93, ECLI:EU:C:1994:240 (*Delta Schiffahrts*), r.o. 21-22.

¹⁸² HvJ EU 4 september 2014, C-184/13 – C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147 (*API*). In casu werd de uitzondering niet aangenomen omdat de wettelijke regeling omtrent minimumtransporttarieven geen garantie bood dat de extra inkomsten ten goede zouden komen aan onderhoud en zodoende veiligheid.

¹⁸³ Vollerling & Van der Vijver, *NtEr* 2015, p. 148-153.

de diensten.¹⁸⁴ Het HvJ EU oordeelde: *“bij de toepassing van deze bepalingen¹⁸⁵ op een concreet geval moet namelijk in de eerste plaats rekening worden gehouden met de algehele context waarbinnen een besluit van de ondernemersvereniging is genomen of zijn werking ontplooit, en meer in het bijzonder met de doelstellingen daarvan. Vervolgens moet worden onderzocht of de mededingingsbeperkende gevolgen ervan inherent zijn aan de nagestreefde doelstellingen”*¹⁸⁶

Dat de mededingingsbeperkende gevolgen inherent zijn aan de nagestreefde doelstellingen wordt ook wel de leer van inherente beperkingen¹⁸⁷ genoemd of de Wouters-doctrine.¹⁸⁸ In het arrest Wouters werd door het HvJ EU onderzocht of het geoorloofd was dat de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) accountants en advocaten middels een verordening verbood om een geïntegreerd samenwerkingsverband aan te gaan.¹⁸⁹ Het HvJ EU stelt in eerste instantie dat de verordening de mededinging aantast en het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden¹⁹⁰, waarbij de nadruk wordt gelegd op het feit dat *“de expertise van advocaten en van accountants elkaar kunnen aanvullen”* waardoor dit voor gebruikers voordelen kan opleveren in de zin van een breder pakket aan diensten, vernieuwingen en een positieve uitwerking op de kostprijs van diensten doordat partijen schaalvoordelen hebben.¹⁹¹ Later in het arrest maakt het HvJ EU een uitzondering: *“Opgemerkt zij evenwel, dat niet elke overeenkomst tussen ondernemingen of elk besluit van een ondernemersvereniging die de handelingsvrijheid van de partijen of van een van hen beperkt, automatisch onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt. Bij de toepassing van deze bepaling op een concreet geval moet namelijk in de eerste plaats rekening worden gehouden met de algehele context waarbinnen het betrokken besluit van de ondernemersvereniging is genomen of zijn werking ontplooit, en meer in het bijzonder met de doelstellingen daarvan, welke in casu verband houden met de noodzaak om regels vast te stellen inzake organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid, die aan de eindgebruikers van juridische diensten de nodige garantie van integriteit en ervaring bieden en een goede rechtsbedeling verzekeren (...). Vervolgens moet worden onderzocht, of de daaruit voortvloeiende beperkende gevolgen voor de mededinging inherent zijn aan deze nagestreefde doeleinden.”*¹⁹²

¹⁸⁴ Grosheide & Barenberg 2016, p. 230.

¹⁸⁵ Het HvJ EU verwijst hier naar artikel 101 lid 1 VWEU juncto artikel 4 lid 3 VEU.

¹⁸⁶ HvJ EU 4 september 2014, C-184/13 – C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147 (API), r.o. 47.

¹⁸⁷ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 36.

¹⁸⁸ Gronden, van de, SEW 2015/183, p. 523.

¹⁸⁹ HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (Wouters), r.o. 22, 24-26.

¹⁹⁰ HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (Wouters), r.o. 86.

¹⁹¹ HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (Wouters), r.o. 87-89.

¹⁹² HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (Wouters), r.o. 97.

Uit deze overweging volgt dat er sprake kan zijn van een beperking van de concurrentie, maar dat dit niet direct betekent dat in strijd is gehandeld met het kartelverbod.¹⁹³ De leer van inherente beperkingen vormt hiermee een uitzondering op de toepassing van artikel 101 lid 1 VWEU.

Van de Gronden vat samen wat van de redenering van het HvJ EU kan worden geleerd: dat sommige mededingingsbeperkingen inherent zijn aan het realiseren van doelstellingen, dat zonder de beperking van de mededinging de doelstelling niet kan worden bereikt en dat de integriteit van een beroepsgroep gezien kan worden als een belang waarvan de inherente beperkingen niet in strijd zijn met het kartelverbod.¹⁹⁴ Dit houdt in dat de overheid bepaalde belangen mag beschermen en de inherente beperkingen die zich hierbij voordoen als het ware voor lief genomen moeten worden. Volgens Van de Gronden ligt de nadruk op de Wouters-doctrine gezien het feit dat volgens hem de Commissie de suggestie heeft gewekt dat bij artikel 101 lid 3 VWEU doelstellingen van algemeen belang, zoals een cultureel belang, moeilijk mee te wegen zijn.¹⁹⁵

2.5 Conclusie

De vraag die in dit hoofdstuk centraal stond was: wat houden het kartelverbod en de nuttig effect-doctrine van het Hof van Justitie van de Europese Unie in? Het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU is een bepaling die in beginsel gericht is op het handelen van ondernemingen en niet op het handelen van overheden. Lidstaten zijn echter op grond van de nuttig effect-doctrine, artikel 101 lid 1 VWEU juncto artikel 4 lid 3 VEU, verplicht om het nuttig effect van de mededingingsrechtelijke bepalingen niet te ontnemen. Een lidstaat ontnemt het nuttig effect aan het kartelverbod als de overheid van die lidstaat een met dit verbod strijdige afspraak oplegt, begunstigt, de werking ervan versterkt of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door verantwoordelijkheid over te dragen aan particuliere ondernemingen. Artikel 101 lid 3 VWEU maakt het mogelijk om artikel 101 lid 1 VWEU uit te zonderen. Dit is alleen mogelijk als dit efficiëntievoordelen met zich meebrengt, dit gebruikers ten goede komt, de beperking van de mededinging onmisbaar is en er voldoende concurrentie op de markt overblijft. Een lidstaat kan zich hier tevens op beroepen. Doelstellingen van algemeen belang worden meegewogen bij de beoordeling of aan de vereisten van artikel 101 lid 3 VWEU wordt voldaan. Publieke belangen blijken alleen moeilijk mee te wegen en de cao-exceptie is niet bedoeld voor 'echte' zelfstandigen, zodat de overheid van een lidstaat die handelt in strijd met de nuttig effect-doctrine mijns inziens slechts de Wouters-doctrine als uitweg heeft. De overheidsregeling is dan gerechtvaardigd omdat de beperking van de mededinging inherent is aan het realiseren van de doelstelling.

¹⁹³ Gronden, van de, *SEW* 2015/183, p. 524.

¹⁹⁴ Gronden, van de, *SEW* 2015/183, p. 524.

¹⁹⁵ Gronden, van de, *SEW* 2015/183, p. 528.

3. Voorstellen in relatie tot het Europees mededingingsrecht

3.1. Inleiding

Allereerst zal uitleg gegeven worden over de VAR (par. 3.2.1), het systeem dat tussen 2001 en 2016 gold en de daarop volgende Wet DBA (par. 3.2.2). Hierna wordt de verhouding tussen het voorstel van de regering en het Europees mededingingsrecht behandeld (par. 3.2.3). Voor deze volgorde is gekozen zodat inzichtelijk wordt waarom nieuwe wetgeving omtrent het werken als zelfstandige door de regering wordt voorgesteld. Tot slot wordt de verhouding tussen het voorstel om collectief onderhandelen voor zzp'ers in de culturele en creatieve sector mogelijk te maken en het Europees mededingingsrecht behandeld (par. 3.3).

3.2 Wettelijke minimumtarieven voor zzp'ers

3.2.1 VAR

Het is niet altijd eenvoudig om vast te stellen of bij het aangaan van een arbeidsrelatie sprake is van een dienstbetrekking.¹⁹⁶ Het verschil tussen een werknemer en een zelfstandige kan heel klein zijn. Mertens geeft als voorbeeld dat een specialistisch en hoogopgeleid persoon zeer zelfstandig kan werken, maar toch een arbeidsovereenkomst kan hebben met een opdrachtgever.¹⁹⁷ Het vooraf inschatten van de arbeidsrelatie is voor een opdrachtgever niet eenvoudig. Indien een verkeerde inschatting werd gemaakt, kon dit grote fiscale gevolgen hebben. De rechter kon achteraf anders oordelen over de juridische kwalificatie van de overeenkomst en alsnog bepalen dat er sprake was van een dienstbetrekking. Een dergelijk oordeel zorgde ervoor dat de opdrachtgever alsnog premies en loonheffing verschuldigd was. Het feit dat de rechter achteraf kon oordelen dat er toch sprake is van een dienstbetrekking leidde tot rechtsonzekerheid.¹⁹⁸

Om dit probleem deels weg te nemen, werd de Verklaring arbeidsrelatie (VAR) in 2001 ingevoerd. De VAR was een oordeel dat vooraf door de Belastingdienst werd gegeven over de fiscale status van de arbeidsrelatie.¹⁹⁹ De opdrachtnemer vroeg vooraf een VAR aan bij de Belastingdienst waarna deze bepaalde, na een opgave van de te verrichten werkzaamheden, of er sprake was van winst uit onderneming (VAR-wuo), loon uit dienstbetrekking (VAR-loon) of resultaat uit overige werkzaamheden (VAR-row).²⁰⁰ In 2002 werd daar de directeur-grotoaandeelhouder (VAR-dga) als mogelijkheid aan toegevoegd.²⁰¹ Viel de arbeidsrelatie onder de categorie winst uit onderneming of

¹⁹⁶ Het begrip dienstbetrekking betekent binnen het fiscaal- en sociale zekerheidsrecht in beginsel hetzelfde als arbeidsovereenkomst.

¹⁹⁷ Mertens 2018, p. 67.

¹⁹⁸ Andriessen, *ArbeidsRecht* 2008/53, p. 22-24.

¹⁹⁹ Andriessen, *ArbeidsRecht* 2008/53, p. 24.

²⁰⁰ Said, *ArA* 2017/1

²⁰¹ Andriessen, *ArbeidsRecht* 2008/53, p. 24.

directeur-grotaandeelhouder dan hoefde in beginsel geen werknemerspremies en loonbelasting ingehouden te worden.²⁰²

Waar eerst zowel de Belastingdienst als het UWV de arbeidsrelatie beoordeelden, werd in 2002 besloten dat de beoordeling van de Belastingdienst over de arbeidsrelatie ook ging gelden voor het UWV.²⁰³ De zelfstandigheidsverklaringen die werden afgegeven, boden destijds nog geen volledige zekerheid. Indien achteraf bleek dat de feitelijke situatie de criteria voor een arbeidsovereenkomst vervulde dan was de opdrachtnemer alsnog premies verschuldigd.²⁰⁴ De verantwoordelijkheid omtrent de arbeidsrelatie lag dus grotendeels bij de opdrachtnemer. De opdrachtgever kon echter ook in de problemen komen als achteraf werd vastgesteld dat deze in redelijkheid had kunnen weten dat sprake was van een dienstbetrekking. Een verkregen VAR-wuo of VAR-dga was dan niet voldoende en de opdrachtgever werd verplicht om alsnog loonheffingen en premies werknemersverzekeringen te betalen.

Om opdrachtgevers met het systeem van de VAR meer zekerheid te kunnen bieden, werd in 2005 de Wet uitbreiding rechtsgevolgen VAR ingevoerd. Een opdrachtgever had nu wel de mogelijkheid om zich te beroepen op de afgegeven VAR-wuo of VAR-dga als achteraf bleek dat er toch sprake was van een arbeidsovereenkomst. Sinds de inwerkingtreding van die wet was de opdrachtgever niet meer verplicht om achteraf alsnog loonheffingen en premies voor de werknemersverzekeringen af te dragen indien een kopie van de VAR en het identiteitsbewijs van de opdrachtnemer overlegd konden worden.²⁰⁵ Daarop werden de Beleidsregels beoordeling dienstbetrekking geactualiseerd.²⁰⁶ Deze beleidsregels gaven partijen een idee over of bij het aangaan van een overeenkomst sprake is van een dienstbetrekking of niet.²⁰⁷

3.2.2 Wet DBA

De aanvraag van een VAR was sterk geautomatiseerd. Door een toename van het aantal zelfstandigen en daarmee ook een toename van het aantal aanvragen voor een VAR, ontstond een situatie waarin controle op de juistheid van de VAR maar beperkt plaats vond. Deze praktijk droeg mogelijk bij aan de toename van het aantal schijnzelfstandigen.²⁰⁸

Om te komen tot meer rechtszekerheid werd in mei 2016 de VAR vervangen door de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (Wet DBA). Door de invoering van deze wet zijn opdrachtgevers en

²⁰² Said, *ArA* 2017/1, p. 83.

²⁰³ Andriessen, *ArbeidsRecht* 2008/53, p. 24.

²⁰⁴ Houweling 2017, p. 461.

²⁰⁵ Andriessen, *ArbeidsRecht* 2008/53, p. 24-26.

²⁰⁶ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2006, DGB2006/857M, *Stcrt.* 2006, 141.

²⁰⁷ Andriessen, *ArbeidsRecht* 2008/53, p. 23-24.

²⁰⁸ Mertens 2018, p. 68.

opdrachtnemers (zzp'ers) samen verantwoordelijk voor de status van hun arbeidsrelatie. Als een zzp'er nu voor een opdrachtgever wil gaan werken, moeten beide partijen bepalen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Bij twijfel kunnen zij een modelovereenkomst ter beoordeling voorleggen aan de Belastingdienst. Dit mag zowel een individuele modelovereenkomst zijn als een modelovereenkomst binnen een bepaalde branche.²⁰⁹ Een nadelig gevolg van deze wijziging is dat de opdrachtgever fiscaal gezien meer risico's loopt bij het inschakelen van zzp'ers. Als achteraf blijkt dat aan de modelovereenkomst feitelijk anders uitvoering wordt gegeven dan blijft de opdrachtgever aansprakelijk voor de afdracht van premies.²¹⁰ Het gevolg hiervan was dat opdrachtgevers minder gebruik gingen maken van opdrachtnemers.²¹¹ De regering besloot vervolgens om de handhaving van de Wet DBA tot 1 januari 2018 op te schorten.²¹² Handhaving van de wet is naar het oordeel van regering in het geval van ernstige opzet echter wel op zijn plaats zodat voornoemde opschorting niet gold in ernstige gevallen van kwaadwillendheid.²¹³ Deze opschorting werd vervolgens verlengd tot 1 juli 2018.²¹⁴ Inmiddels is de opschorting van de handhaving nogmaals verlengd tot 1 januari 2020. De handhaving van de wet is daarbij wel verruimd naar alle kwaadwillenden.²¹⁵ Nu de Wet DBA niet de rust op de arbeidsmarkt heeft gebracht die beoogd werd en de positie van zzp'ers aan de onderkant van de arbeidsmarkt alleen maar is verslechterd²¹⁶, zijn er verschillende voorstellen gedaan om de positie van zzp'ers op de arbeidsmarkt te versterken. Twee van deze voorstellen zijn in de inleiding al uitgewerkt en worden in de volgende paragraaf getoetst aan de nuttig effect-doctrine.

3.2.3 De verhouding tot het Europees mededingingsrecht

Het voorstel van de regering om een wettelijke regeling in te voeren die ervoor zorgt dat alle zzp'ers die werkzaam zijn onder een bepaald tarief, altijd werkzaam zijn op basis zijn van een arbeidsovereenkomst, is een maatregel die er zeker voor zorgt dat zzp'ers en werknemers minder elkaars concurrenten worden. Dit doel van de regering zou hiermee bereikt kunnen worden.²¹⁷ Een lidstaat moet de wettelijke regeling wel in overeenstemming brengen met de nuttig effect-doctrine. Uit de huidige plannen van de regering uit het regeerakkoord blijkt niet dat er sprake is van een met

²⁰⁹ Mertens 2018, p. 68.

²¹⁰ Houweling 2017, p. 461.

²¹¹ Said, *ArA* 2017/1, p. 55.

²¹² *Kamerstukken II* 2016/17, 34036, 40.

²¹³ De regering omschrijft kwaadwillend in bijlage 4 bij *Kamerstukken II* 2016/17, 34036, 40.

als volgt: "Kwaadwillend is de opdrachtgever of opdrachtnemer die opzettelijk een situatie van evidente schijnzelfstandigheid laat ontstaan of voortbestaan, omdat hij weet – of had kunnen weten - dat er feitelijk sprake is van een dienstbetrekking (en daarmee een oneigenlijk financieel voordeel behaalt en/of het speelveld op een oneerlijke manier aantast)."

²¹⁴ *Kamerstukken II* 2017/18, 34036, 65.

²¹⁵ *Kamerstukken II* 2017/18, 34036, 68.

²¹⁶ Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2018, nr. 2018-0000112981, p. 3.

²¹⁷ Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2018, nr. 2018-0000112981, p. 3.

het kartelverbod strijdige afspraak die door de overheid wordt opgelegd, begunstigd dan wel de werking ervan wordt versterkt. Het is immers geen afspraak tussen partijen die de overheid als het ware goedkeurt, maar van een wettelijke regeling. Bekeken moet worden of aan de voorgestelde regeling het overheidskarakter wordt ontnomen door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen over te dragen.²¹⁸

Grosheide en Barenberg stellen dan ook dat als de overheid met een wettelijke regeling komt omtrent minimumtarieven voor zzp'ers dat veelal beslissend is, voor de vraag of de regeling in strijd is met de nuttig effect-doctrine, of de overheid de uiteindelijke beslissing over het tarief niet aan particuliere marktdeelnemers heeft overgedragen.²¹⁹ In het regeerakkoord wordt weergegeven dat het minimumtarief zal worden vastgesteld overeenkomstig tot 125% van het wettelijk minimumloon of met de laagste loonschalen in cao's.²²⁰ Indien het minimumtarief gekoppeld wordt aan de laagste loonschalen in cao's, is belangrijk dat wordt opgenomen dat de minister (van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) de mogelijkheid heeft om af te wijken van het vastgestelde minimumtarief en hiervoor zijn eigen besluit in de plaats mag stellen. Zo wordt elke twijfel weggenomen dat private partijen het minimumtarief vaststellen. Overigens lijkt het er vooralsnog niet op dat de regering van plan is om de uiteindelijke beslissing omtrent de prijs, in de vorm van een minimumtarief voor de diensten van een zzp'er, over te dragen aan particuliere marktdeelnemers. Grosheide en Barenberg concluderen in het algemeen dat indien de overheid van een lidstaat de uiteindelijke beslissing omtrent het minimumtarief voor zzp'ers behoudt de wettelijke regeling niet in strijd komt met de nuttig effect-doctrine.²²¹ Het voorstel van de regering om een minimumtarief vast te stellen voor de gehele arbeidsmarkt lijkt dus in overeenstemming met de nuttig effect-doctrine.

3.3 Collectief onderhandelen voor zzp'ers in de culturele en creatieve sector

Het toestaan van collectief onderhandelen voor zzp'ers in de culturele en creatieve sector zorgt er onder meer voor dat het mogelijk zal zijn om cao-bepalingen omtrent minimumtarieven voor zzp'ers algemeen verbindend te verklaren. De motie heeft als doel om zzp'ers binnen de culturele en creatieve sector, die een zwakkere groep van echte zzp'ers binnen de arbeidsmarkt vormen, te ondersteunen in de verbetering van hun positie. Het is alleen niet zeker of het Europese mededingingsrecht het toestaat dat een lidstaat een gehele sector de vrijheid geeft om collectief te onderhandelen over bijvoorbeeld

²¹⁸ HvJ EG 21 september 1988, C-267/86, ECLI:EU:C:1988:427 (*Van Eycke/Aspa*), r.o. 16. Herhaald in HvJ EG 17 november 1993, C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886 (*Reiff*), r.o. 14.

²¹⁹ Grosheide & Barenberg 2016, p. 227.

²²⁰ Vertrouwen in de toekomst 2017-2021, p. 25.

²²¹ Grosheide & Barenberg 2016, p. 236.

minimumtarieven, waardoor mededingingsbeperkende afspraken in beginsel op nationaal niveau worden toegestaan.

Indien de minister (van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) een cao-bepaling waarin een minimumtarief wordt vastgesteld voor zzp'ers algemeen verbindend verklaart, is er sprake van een overheidshandeling. Het algemeen verbindend verklaren van een dergelijke bepaling betekent wellicht dat een met het kartelverbod, artikel 101 lid 1 VWEU, strijdige afspraak door de overheid wordt opgelegd. In ieder geval zorgt de algemeenverbindendverklaring ervoor dat de afspraak wordt begunstigd dan wel de werking ervan wordt versterkt. Bij het kartelverbod gaat het namelijk niet alleen om het daadwerkelijk beïnvloeden van de interne markt. Dat er een realistische mogelijkheid bestaat dat de handel tussen lidstaten wordt beïnvloed, is voldoende om een verboden overeenkomst op te leveren. De vrijheid van een zzp'er, een onderneming, om zelf te bepalen tegen welke prijs diensten worden aangeboden is binnen een vrije markt dusdanig belangrijk dat iedere beperking van die vrijheid strijd oplevert met het kartelverbod.²²²

Daarnaast zal een beroep door de overheid op het derde lid van artikel 101 VWEU weinig kans van slagen hebben. Hoewel de eerste voorwaarde met een beroep op economische vooruitgang wellicht geen belemmering vormt, zal de overheid mijns inziens niet hard kunnen maken dat minimumtarieven voor zzp'ers in een cao voordelen opleveren voor de gebruikers. Opdrachtgevers en consumenten hebben namelijk baat bij concurrentie tussen zzp'ers. Bij veel concurrentie zullen zzp'ers eerder geneigd zijn om de prijs waarvoor zij diensten verrichten te verlagen. Minimumtarieven bewerkstellingen het tegenovergestelde, hetgeen geen voordeel oplevert voor de gebruikers. Door het minimumtarief kost het een opdrachtgever immers meer om een zzp'er werk te laten verrichten, waardoor de consument uiteindelijk meer kwijt is. Dit is ook de reden dat het belang van voldoende culturele diversiteit niet voldoende opweegt tegen de beperkende werking op de mededinging van een minimumtarief in een cao. Ten slotte kan geen beroep worden gedaan op de cao-exceptie doordat de overheid niet kan garanderen dat onder de werkingssfeer van een AVV geen echte zelfstandigen komen te vallen. De cao-exceptie geldt slechts voor werknemers en schijnzelfstandigen.²²³ Het algemeen verbindend verklaren van bepalingen omtrent minimumtarieven uit een cao voor zzp'ers in de culturele en creatieve sector is dus in strijd met de nuttig effect-doctrine.

3.4 Conclusie

Dit hoofdstuk heeft een antwoord gegeven op de vragen wat de aanleiding is van de voorstellen van de Nederlandse regering en de Tweede Kamerleden Ellemeets en Asscher en hoe deze voorstellen zich

²²² Amtenbrink & Vedder 2017, p. 404.

²²³ HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), r.o. 41-42.

verhouden tot het kartelverbod en de nuttig effect-doctrine. De aanleiding voor het voorstel van regering lijkt voort te komen uit de situatie waarin zowel het systeem van de VAR als de Wet DBA niet hebben gebracht wat hiermee beoogd werd, rust op de arbeidsmarkt. Zowel het voorstel de regering als het voorstel van de Tweede Kamerleden Ellemeet en Asscher beogen de positie van zzp'ers op de arbeidsmarkt te versterken. In de context van twee falende systemen die rechtszekerheid hadden moeten brengen, zijn de voorstellen omtrent zzp'ers aan de onderkant van de arbeidsmarkt mogelijk een uitkomst. Het voorstel van de regering lijkt in overeenstemming te zijn met de nuttig effect-doctrine doordat de regering niet (duidelijk) het overheidskarakter van de wettelijke regeling ontnemt, door de uiteindelijke beslissing omtrent het tarief over te laten aan particuliere marktdeelnemers, maar zelf een minimumtarief vaststelt. Zolang de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid het eindoordeel kan hebben, is de regeling in overeenstemming met de nuttig effect-doctrine. Het voorstel om zzp'ers in de culturele en creatieve sector collectief te laten onderhandelen waarbij afspraken over minimumtarieven vervolgens algemeen verbindend kunnen worden verklaard, is wel in strijd met de nuttig effect-doctrine. Een dergelijke algemeenverbindendverklaring valt onder overheidshandelen met mededingingsbeperkende gevolgen. In wezen begunstigt, dan wel versterkt, de Nederlandse overheid in een dergelijk geval de werking van een met het kartelverbod strijdige afspraak. Deze vorm van overheidsoptreden is door het HvJ EU middels de nuttig effect-doctrine niet toegestaan.

4. Alternatieven

4.1 Inleiding

Hoewel het voorstel van de regering in overeenstemming lijkt te zijn met het Europees mededingingsrecht, is het daadwerkelijke voorstel nog lang niet klaar. Het is dus niet zeker of te zijner tijd het voorstel in overeenstemming zal zijn met het mededingingsrecht. Daarnaast is gebleken dat het mogelijk maken voor zzp'ers in de culturele en creatieve sector om collectief te onderhandelen, er niet toe leidt dat het algemeen verbindend verklaren van een cao-bepaling omtrent een minimumtarief voor zzp'ers uit die sector in overeenstemming is met de nuttig effect-doctrine. Om die reden zal in dit hoofdstuk worden ingegaan op twee alternatieven die ook het beschermen van (schijn)zelfstandigen ten aanzien van hun inkomenspositie en het voorkomen van schijnzelfstandigheid als doel hebben. Als eerste zal ingegaan worden op de bagatelvrijstelling van artikel 7 Mededingingswet (par. 4.2) en ten tweede het vanuit de overheid kwalificeren van groepen (schijn)zelfstandigen ten behoeve van collectief onderhandelen (par. 4.3).

4.2 Bagatelvrijstelling van artikel 7 Mw

In het mededingingsrecht zijn prijsafspraken tussen zzp'ers in bijna alle gevallen verboden. De Nederlandse Mededingingswet maakt momenteel al uitzondering op het Europees mededingingsrecht. Deze uitzondering is in overleg met de Europese Commissie zo vorm gegeven dat deze geen inbreuk maakt op het Europees mededingingsrecht en wordt de bagatelvrijstelling genoemd.²²⁴ De bagatelvrijstelling staat het onder bepaalde voorwaarden toe dat zzp'ers prijsafspraken maken. Het is relevant om te bekijken of deze bestaande uitzondering op het mededingingsrecht een alternatief kan vormen, al dan niet na beperkte wijzigingen die in overeenstemming zijn met het Europees mededingingsrecht, voor de voorstellen van de regering en van Ellemeet en Asscher. Bekeken wordt of dit alternatief, dan wel na aanpassing mogelijk de behandelde voorstellen overbodig maakt?

De bagatelvrijstelling is opgenomen in artikel 7 van de Mededingingswet. In de eerste twee leden staan de belangrijkste voorwaarden. De tekst van deze twee leden luidt als volgt:

“1 Artikel 6, eerste lid, geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in dat artikel indien:

a. bij de desbetreffende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn, dan wel bij de desbetreffende ondernemersvereniging niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn, en

b. de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar van de bij de desbetreffende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen dan wel de gezamenlijke omzet van de bij de desbetreffende ondernemersvereniging betrokken ondernemingen niet hoger is dan:

1°. € 5 500 000, indien daarbij uitsluitend ondernemingen zijn betrokken wier activiteiten zich in hoofdzaak richten op het leveren van goederen;

2°. € 1 100 000, in alle andere gevallen.

2 Onverminderd het eerste lid, geldt artikel 6, eerste lid, voorts niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in dat artikel voor zover daarbij ondernemingen of ondernemersverenigingen betrokken zijn die daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op een of meer van de relevante markten, indien:

a. het gezamenlijke marktaandeel van de bij de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen of ondernemersverenigingen op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging van invloed is, groter is dan 10%, en

b. de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden.”

²²⁴ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 31.

Lid 1 houdt in dat het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mw niet van toepassing is bij afspraken waar (1) niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn en (2) de gezamenlijke omzet van deze ondernemingen niet meer bedraagt dan 5,5 miljoen euro als zij zich hoofdzakelijk richten op het leveren van goederen en 1,1 miljoen in alle andere gevallen. Daarnaast stelt lid 2 dat (3) het gezamenlijke marktaandeel van de ondernemingen bij de afspraak niet groter mag zijn dan 10% en dat (4) de overeenkomst, het besluit of de onderlinge feitelijke gedraging niet op merkbare wijze de handel tussen lidstaten ongunstig mag beïnvloeden.

Voldoen partijen aan deze vier vereisten dan is een prijsafpraak tussen zzp'ers toegestaan. Dit alternatief bestaat in de huidige vorm sinds 2011.²²⁵ Momenteel wordt er nauwelijks gebruik gemaakt van dit alternatief doordat partijen zelf moeten beoordelen of de overeenkomst valt onder de bagatelvrijstelling.²²⁶ Voornamelijk het afbakenen van de relevante markt blijkt voor partijen lastig.²²⁷ Als de relevante markt volgens de ACM anders afgebakend moet worden en de omvang van het gezamenlijke marktaandeel stijgt daardoor, dan zou het volgens Prince kunnen voorkomen dat de bagatelvrijstelling niet meer van toepassing is.²²⁸ Een beroep doen op de bagatelvrijstelling levert dus onvoldoende rechtszekerheid op omdat achteraf geoordeeld kan worden door de mededingingsautoriteit of rechter dat de overeenkomst niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 7 Mw.²²⁹ Het probleem van onvoldoende rechtszekerheid zou opgelost kunnen worden doordat de ACM vooraf betrokken kan worden bij de overeenkomst. De bagatelvrijstelling zou volgens Gerbrandy en Kreijger bijvoorbeeld zo aangepast kunnen worden dat de overeenkomst moet worden aangemeld en ter beoordeling worden voorgelegd aan de ACM.²³⁰ Het ACM kan vervolgens beoordelen of de overeenkomst valt onder de bagatelvrijstelling of dat deze nog aangepast moet worden. Dat laat mijns inziens niet onverlet dat de Europese Commissie alsnog een ander oordeel kan hebben over de overeenkomst en de ACM als het ware kan "overrulen".

Naast rechtszekerheid creëren kan de regering meer voorlichting aan zzp'ers geven in de hoop dat het gebruik van de bagatelvrijstelling wordt verhoogd. Deze uitzondering is namelijk juist bedoeld voor ondernemingen met een zwakke onderhandelingspositie en die wel samen moeten werken om een sterkere positie te verkrijgen ten aanzien van hun opdrachtgevers.²³¹ Het gaat daarbij om kleinere

²²⁵ Prince 2014, p. 5.

²²⁶ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 32.

²²⁷ Prince 2014, p. 39.

²²⁸ Prince 2014, p. 39.

²²⁹ Prince 2014, p. 46.

²³⁰ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 32.

²³¹ Prince 2014, p. 5.

groepen, maximaal acht ondernemingen, die met grotere opdrachtgevers overleggen om betere voorwaarden voor het verrichten van arbeid te bedingen.

De regering zou ervoor kunnen kiezen om meer rechtszekerheid te scheppen en meer voorlichting te geven ten aanzien van de bagatelvrijstelling in plaats van het invoeren van een nieuwe uitzondering op het mededingingsrecht voor zzp'ers in de culturele en creatieve sector of door één minimumtarief voor de gehele arbeidsmarkt. In ieder geval zal de regering mijns inziens moeten bewijzen waarom de in dit onderzoek besproken voorstellen een beter alternatief zijn dan het versterken van de huidige nationale uitzondering op het mededingingsrecht.

4.3 Overheidswege kwalificatie van (schijn)zelfstandigen ten behoeve van collectief onderhandelen

In plaats van het voor alle zzp'ers in de culturele en creatieve sector mogelijk te maken om collectief te onderhandelen, zou de overheid naar Iers voorbeeld groepen zelfstandigen kunnen aanwijzen die gezien hun positie op de arbeidsmarkt het recht op collectief onderhandelen onterecht is onthouden op mededingingsrechtelijke gronden.²³²

De mededingingswet in Ierland is zodanig gewijzigd dat ook namens zzp'ers door vakbonden collectief mag worden onderhandeld. Hiervoor is een uitzondering op het kartelverbod noodzakelijk waarin is vermeld dat het vakbonden is toegestaan om collectief te onderhandelen ten aanzien van "*false self-employed workers*" en "*fully dependent self-employed workers*".²³³ Onder het eerste begrip zouden in Nederland de schijnzelfstandigen vallen. Dit zijn de zelfstandigen die naar Europees recht werknemer zijn, alleen naar Nederlands recht een zelfstandige zijn. De situatie van deze werkers is vergelijkbaar met die van een werknemer. De tweede groep zelfstandigen zijn zzp'ers die zeer afhankelijk zijn van één of twee opdrachtgevers en lijken daarmee sterk op schijnzelfstandigen. Desondanks zijn zij onder het mededingingsrecht te kwalificeren als onderneming.

Waar het voorstel van Ellemet en Asscher ziet op alle zzp'ers in de culturele en creatieve sector, zal een wettelijke uitzondering op het kartelverbod in een dergelijk stelsel zo moeten worden vormgegeven dat de "*relevant category of self-employed worker*" wordt aangewezen.²³⁴ Dit houdt in dat een specifieke categorie zzp'ers moet worden aangewezen, zoals bijvoorbeeld orkestremplaçanten.²³⁵ Bij de aanwijzing van een categorie moet wel in acht worden genomen "*dat die aanwijzing geen of slechts minimaal economisch effect heeft op de markt waarop de betrokken*

²³² Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 38.

²³³ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 39.

²³⁴ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 39.

²³⁵ HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV KIEM).

*groep zelfstandigen actief is, niet zal leiden tot significante kosten voor de overheid en niet in strijd is met de (Europese) mededingingswetgeving.*²³⁶ Daarnaast zou een aanwijzing te allen tijde weer ingetrokken moeten kunnen worden als de omstandigheden op de markt gewijzigd zijn en collectief onderhandelen niet meer noodzakelijk is.

Het gevaar bij het naar lers voorbeeld van overheidswege kwalificeren van (schijn)zelfstandigen waar collectief onderhandelen voor toegestaan is, is dat dit recht ook gebruikt kan worden voor “echte” zelfstandigen. De “*fully dependent self-employed workers*” zijn onder het Europees mededingingsrecht namelijk ondernemingen, ook al is vereist dat zij slechts één of twee opdrachtgevers hebben.²³⁷ Om de regeling in overeenstemming te brengen met het Europese mededingingsrecht moet wel worden opgenomen dat het geen of slechts minimaal invloed heeft op de markt en dat de aanwijzing van de categorie ingetrokken kan worden. Echter, dit zorgt ervoor dat net zoals bij de hierboven besproken bagatelvrijstelling de rechtszekerheid een probleem blijft.

4.4 Conclusie

De regering kan gebruik maken van alternatieven om het doel, (schijn)zelfstandigen te beschermen ten aanzien van hun inkomenspositie en derhalve schijnzelfstandigheid te voorkomen, te bereiken. De bagatelvrijstelling, artikel 7 Mw, zou volgens Gerbrandy en Kreijger vrij eenvoudig kunnen worden gewijzigd met de mogelijkheid om gesloten overeenkomsten aan te melden en ter beoordeling voor te leggen bij de ACM. Een alternatief dat mijns inziens door de regering moet worden overwogen, dan wel beargumenteerd moet worden afgewezen. Het tweede alternatief vergt ook actie van de regering en vormt een nieuwe uitzondering op het mededingingsrecht. In de mededingingswet kan worden bepaald dat de overheid relevante groepen (schijn)zelfstandigen aanwijst die collectief mogen onderhandelen. Dit betekent niet dat alle zzp'ers in de culturele en creatieve sector kunnen worden aangewezen, maar bijvoorbeeld wel orkestremplaçanten. Deze aanwijzing moet te allen tijde door de overheid kunnen worden ingetrokken als de markt verandert. Dit alternatief kan mijns inziens gebruikt worden in plaats van de bagatelvrijstelling. Helaas brengen beide alternatieven mogelijk niet de rechtszekerheid als het voorstel van de regering om aan de gehele arbeidsmarkt een minimumtarief op te leggen. Een ideale oplossing om het probleem van schijnzelfstandigheid op te lossen lijkt nog niet gevonden te zijn. Ieder voorstel heeft zijn nadelen en is afhankelijk van het oordeel van de Europese Commissie en het Hof van Justitie van de Europese Unie.

²³⁶ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 39.

²³⁷ Gerbrandy & Kreijger 2017, p. 39.

5. Conclusie

In deze scriptie is onderzocht hoe minimumtarieven voor zzp'ers, wettelijk bepaald of opgenomen in een cao, zich verhouden tot de Europese mededingingswetgeving. De Nederlandse regering is van plan een minimumtarief voor alle zzp'ers aan de gehele markt op te leggen, hetgeen een mededingingsbeperkend effect kan hebben. Een minimumtariefafspraken is te kwalificeren als een prijsafpraak. Een prijsafpraak is een beperking die ertoe strekt dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. De overheid van een lidstaat is gebonden aan de nuttig effect-doctrine. Dit houdt in dat het loyaliteitsbeginsel (artikel 4 lid 3 VEU) van een lidstaat vergt dat het nuttig effect niet aan het mededingingsrecht, specifiek het kartelverbod (artikel 101 VWEU), wordt ontnomen. Het voorstel van de regering houdt niet dat een met het kartelverbod strijdige afspraak tussen particuliere marktdeelnemers wordt opgelegd, begunstigd of de werking ervan wordt versterkt. Uit dit voorstel blijkt tevens niet dat de regering de bevoegdheden op het gebied van vaststelling van de tarieven aan particuliere marktdeelnemers gaat overdragen. De uiteindelijke beslissing omtrent het minimumtarief voor zzp'ers lijkt namelijk in handen van de Nederlandse overheid te blijven. Omtrent dit voorstel kan mijns inziens geconcludeerd worden dat Nederland, als lidstaat van de Europese Unie, bij invoering van een dergelijke wettelijke regeling hoogst waarschijnlijk niet in strijd zal handelen met de nuttig effect-doctrine van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Dit ligt mogelijk anders bij de motie van Ellemeet en Asscher. Hierbij krijgen zzp'ers in de culturele en creatieve sector de mogelijkheid om collectief te onderhandelen omtrent onder andere minimumtarieven. Indien een bepaling omtrent minimumtarieven voor zzp'ers algemeen verbindend wordt verklaard dan is er sprake van overheidsoptreden waarbij de lidstaat een met het kartelverbod strijdige afspraak begunstigt dan wel de werking ervan versterkt. De overheid kan deze voorgestelde uitzondering voor zzp'ers in de culturele en creatieve sector van het mededingingsrecht tevens moeilijk rechtvaardigen. Minimumtarieven voor zzp'ers in een cao leveren nauwelijks voordelen op voor de gebruikers. Consumenten zijn gebaat bij een zo laag mogelijke prijs. Echter, een minimumtarief verhoogt de prijs van een zzp'er waardoor via de opdrachtgever de rekening mogelijk bij de consument terecht komt. Bij een dergelijk voorstel lijkt van een vrije markt voor diensten in de culturele en creatieve sector geen sprake. Alternatieven lijken niet de rechtsonzekerheid voor zzp'ers om op kleine schaal collectief te onderhandelen te ontnemen. Hoewel het mijns inziens beter lijkt om aan cao-partijen de ruimte te geven om minimumtarieven vast te stellen voor zzp'ers met een zwakke onderhandelingspositie, blijkt maar weer dat onder het Europese mededingingsrecht niet alles is toegestaan. Of dit ooit wel mogelijk wordt? Dat blijft helaas een vraag waar alleen het Hof van Justitie van de Europese Unie een antwoord op kan hebben.

6. Aanbevelingen

Los van het feit of het voorstel van de regering, om wettelijke minimumtarieven voor zzp'ers in te voeren, in overeenstemming lijkt met de nuttig effect-doctrine uit het Europese mededingingsrecht, is het mijns inziens niet de beste manier om de problematiek omtrent schijnzelfstandigheid op te lossen. Het huidige voorstel zorgt mogelijk slechts voor een verschuiving van het probleem. Bij arbeid die wordt beloond met een uurtarief dat rond de laag tarief-grens ligt van tussen de 15 en 18 euro blijft het voor opdrachtgever voordeliger om het uurtarief net te verhogen tot boven die grens, dan om met de persoon een arbeidsovereenkomst te sluiten. Het uurtarief waartegen een zzp'er werk verricht is bij opdrachtgevers in bepaalde sectoren namelijk lager (20 euro of minder) dan de kosten die zij zouden hebben aan een werknemer (all-in 35 à 40 euro).²³⁸ De kosten voor een werknemer zijn in de regel dus vele malen hoger dan het verhogen van het uit te betalen uurtarief aan een opdrachtnemer. Overigens blijkt uit een eigen onderzoek van ZZZ Nederland uit 2014 dat slechts 5 procent van alle zzp'ers een uurtarief hanteert van 20 euro of minder.²³⁹ De groep zzp'ers die nu minder dan het voorgestelde minimumtarief per uur verdient, is dus betrekkelijk klein.

FNV Zelfstandigen is ook van mening dat het voorgestelde minimumtarief veel te laag ligt om schijnzelfstandigheid aan de onderkant van de arbeidsmarkt op te lossen. In hun position paper, voor het kick-off overleg over "Werken als zelfstandige" dat plaats heeft gevonden op 24 januari 2018, wordt als voorbeeld gegeven dat het eenvoudig is om onder het minimumtarief uit te komen door opdrachtnemers kortdurende opdrachten die niet tot de kernactiviteit van het bedrijf horen uit te laten voeren.²⁴⁰ Een mogelijkheid die door opdrachtgevers vast niet ongebruikt zal worden gelaten. In het regeerakkoord wordt namelijk een onderscheid gemaakt tussen 'reguliere' en 'niet reguliere' bedrijfsactiviteiten. In het geval de overeenkomst niet reguliere bedrijfsactiviteiten betreft voor een periode korter dan drie maanden mag het tarief nog steeds onder de 15 tot 18 euro liggen en spreken we – ervan uitgaande dat niet kan worden vastgesteld dat sprake is van een arbeidsovereenkomst – nog steeds van een overeenkomst van opdracht of een overeenkomst van aanneming van werk.²⁴¹ De kritiek die Alt hierop heeft is dat onduidelijk blijft wat verstaan moet worden onder 'reguliere bedrijfsactiviteiten'.²⁴² Volgens Alt zou het halen van een lunch voor medewerkers van een bedrijf ook

²³⁸ Boot, *TRA* 2012/84.

²³⁹ 1 procent van de respondenten hanteert een uurtarief van 10 euro of minder en 4 procent een uurtarief van 20 euro of minder. Stichting ZZZ Nederland, *Stand van zaken. Zelfstandigen zonder personeel in Nederland*, december 2014, p. 5.

²⁴⁰ Voor de position paper van FNV (zelfstandigen) en alle andere position papers van verschillende veldpartijen zie <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-sociale-zaken-en-werkgelegenheid/documenten/publicaties/2018/03/30/kick-off-bijeenkomst-werken-als-zelfstandige>.

²⁴¹ Vertrouwen in de toekomst 2017-2021, p. 25.

²⁴² Alt, *TRA* 2018/36, p. 7.

reguliere bedrijfsactiviteiten kunnen zijn. Het is dan *inschakeling voor* en niet *het verrichten van* reguliere bedrijfsactiviteiten. Voor invoering van de wet moet het begrip ‘reguliere bedrijfsactiviteiten’ zodanig gedefinieerd zijn dat voor de praktijk bijvoorbeeld duidelijk is of het eenvoudige voorbeeld van het halen van een lunch een reguliere bedrijfsactiviteit is of niet. Hoe omgegaan moet worden met de feitelijk gewerkte uren en afspraken waarin stukprijzen zijn verwerkt, vormt tevens een groot vraagstuk in het voorstel. In de cultuursector geldt voorts dat niet alle uren declareerbaar zijn of dat vrijwillig meer tijd wordt gestoken in een opdracht. Moet de tijd die een werker feitelijk gezien kwijt is geweest in de berekening voor het uurtarief worden meegenomen of de tijd die men redelijkerwijs eraan kwijt zou zijn? Het vaststellen van het tarief is derhalve al met al geen eenvoudige opgave.

Het voor zzp’ers in de culturele en creatieve sector mogelijk maken om collectief te onderhandelen is een voorstel dat goede bedoelingen heeft, maar mogelijk niet in overeenstemming is met het Europese mededingingsrecht. Er zijn zzp’ers in deze sector die op grond van het mededingingsrecht te kwalificeren zijn als onderneming en niet collectief mogen onderhandelen. Naast het feit dat dus een gecompliceerde uitzondering op het mededingingsrecht noodzakelijk is, is ook voorstelbaar dat zzp’ers zelf de cao niet naleven. Een opdracht die de doorbraak van iemand zijn carrière kan betekenen maar die minder betaalt dan het minimumtarief van de cao laat een zzp’er niet zomaar liggen.²⁴³ Het is lastig te waarborgen dat alle zzp’ers zich daadwerkelijk aan de bepalingen uit de toepasselijke cao houden.

In plaats van de problemen op te lossen aan de kant van (de tarieven voor) zzp’ers, is het aantrekkelijker maken van de arbeidsovereenkomst mogelijk een oplossing. Alt stelt voor om een spaarsysteem voor ziekte, arbeidsongeschiktheid en ontslag te ontwikkelen waarvan werknemers en zzp’ers allebei gebruik kunnen maken.²⁴⁴ Zowel de werkgever/opdrachtgever als de werknemer/opdrachtnemer zouden hieraan moeten bijdragen. De huidige situatie waarin alle risico’s bij de werkgever liggen in geval van een arbeidsovereenkomst of bij de opdrachtnemer in geval van een opdrachtsovereenkomst is naar mijn mening niet de balans waar de regering streeft. De regering streeft namelijk naar *“een situatie waarin niet instituties en kosten bepalend zijn voor de vorm waarin arbeid wordt aangeboden, maar de aard van het werk dat gedaan moet worden.”*²⁴⁵ Ik ben mij ervan bewust dat dit een radicale oplossing is, maar indien gesproken wordt over de arbeidsmarkt in balans brengen is dit een oplossing die mijns inziens meer in de rede ligt dan het invoeren van minimumtarieven.

²⁴³ Julen, *Trouw* 23 november 2017. Julen citeert in haar artikel arbeidsrechtadvocaat Sacha Janssen van JENS Advocaten.

²⁴⁴ Alt, *TRA* 2018/36, p. 9.

²⁴⁵ Vertrouwen in de toekomst 2017-2021, p. 22.

7. Bronnenlijst

7.1 Literatuur

Alt, TRA 2018/36

H.J.W. Alt, 'De gedwongen vrijheid van de maaltijdbezorger en de plannen van het kabinet Rutte III', *TRA* 2018/36, afl. 5, p. 3-10.

Andriessen, ArbeidsRecht 2008/53

R.C.M. Andriessen, 'Verklaring Arbeidsrelatie (VAR): o Geschikt / o Ongeschikt', *ArbeidsRecht* 2008/53, p. 23-27.

Amttenbrink & Vedder 2017

F. Amttenbrink, H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.

Boot, TRA 2012/84

G.C. Boot, 'Arbeidsrechtelijke bescherming van afhankelijke zzp'er', *TRA* 2012/84, afl. 11.

Boot, TRA 2016/44

G.C. Boot, 'Schijnzelfstandigen: de rekenaar, de wetgever en de rechter', *TRA* 2016/44, afl. 5, p. 3-9.

Boumans, TVP 2016/21

M.E.C. Boumans, 'Het *FNV Kiem*-arrest en de verplichte deelname van zelfstandigen in een bpf', *TVP* 2016/21, afl. 3, p. 12-21.

Drongelen, van, 2017

J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1. De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Paris 2017.

Eijsbouts e.a. 2012

Eijsbouts e.a., *Europees Recht Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2012.

Gerbrandy & Kreijger 2017

A. Gerbrandy & P. Kreijger, *Position Paper: Mededingingsrecht in relatie tot samenwerking tussen zzp-ers ten behoeve van de Vaste Kamercommissie voor Economische Zaken*, Utrecht: Universiteit Utrecht 2017.

Grosheide, TRA 2015/20

E.F. Grosheide, 'Minimumtarieven voor zelfstandigen in cao's: in strijd met het verbod op kartelvorming?', *TRA 2015/20*, afl. 2, p. 28-30.

Grosheide & Barenberg 2016

E. Grosheide & M. Barenberg, 'Minimum fees for the self-employed: a European response to the uber-ized economy', *22 Colombia Journal of European Law* 193 2016.

Houweling 2017

A.R. Houweling, De zelfstandige zonder personeel, in: G.W. Van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridisch: 2017.

Frenken, Me Judice 13 november 2017

K. Frenken, 'Hoe kan de onduidelijke status van platformwerkers verhelderd worden?', *Me Judice*, 13 november 2017.

Gronden, van de, SEW 2015/183

J.W. van de Gronden, 'De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van de doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht', *SEW 2015/183*, afl. 11, p. 523-528.

Kreijger, M&M 2015/1

P.J. Kreijger, 'Schijn bedriegt of juist niet? De introductie van de 'schijnzelfstandige' en de cao-exceptie'. *M&M 2015/1*, p. 18 – 23.

Mertens 2018

T. Mertens, 'Fiscaal perspectief', in: J.H. Bennaars e.a., *De werknemerachtige in het sociaal recht. Een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Perulli 2003

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

Peijpe, TRA 2011/34

T. van Peijpe, 'EU en de ruimte voor een nationaal werknemersbegrip', *TRA 2011/34*, afl. 4., p. 5-12.

Prince 2014

Y. Prince e.a., *Effecten van de verruimde bagatelvrijstelling. Eindrapport*, Zoetermeer: Panteia 2014.

Said, ArA 2017/1

S. Said, 'Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden! De kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW in het arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en fiscaal recht', *ArA* 2017/1, p. 55-89.

Schütze 2015

R. Schütze, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

Stege, ArbeidsRecht 2016/44

A. Stege, 'De cao en bepalingen die betrekking hebben op zzp'ers', *ArbeidsRecht* 2016/44, afl. 11, p. 20-24.

Vertrouwen in de toekomst 2017-2021

'Vertrouwen in de toekomst', Regeerakkoord 2017-2021; VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, 10 oktober 2017.

Vollering & Van der Vijver, NtEr 2015, p. 148-153.

S.F.M. Vollering & T.D.O. van der Vijver, 'API, een noot over mededingingsbeperkingen en overheden', *NtEr* 2015, afl. 5, p. 148-153.

Waterman, TvAO 2017/4

C.L. Waterman, 'Richtlijnconforme interpretatie van het Nederlands werknemersbegrip', *TvAO* 2017/4, p. 218-222.

Whish & Bailey 2015

R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2015.

Zippro 2009

E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), 2009.

7.2 Jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG 13 juli 1966, C-56/64 & C-58/64, ECLI:EU:C:1966:41 (*Consten & Grundig*).

HvJ EG 9 juli 1969, C-5/69, ECLI:EU:C:1969:35 (*Völk/Vervaecke*).

HvJ EG 14 juli 1972, C-48/69, ECLI:EU:C:1972:70 (*ICI*).

HvJ EG 17 oktober 1972, C-8/72, ECLI:EU:C:1972:84 (*VCH*).

HvJ EG 16 november 1977, C-13/77, ECLI:EU:C:1977:185 (*INNO*).

HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*).

HvJ EG 30 januari 1985, C-123/83, ECLI:EU:C:1985:33 (*BNIC/Clair*).

HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie-Blum*).

HvJ EG 16 juni 1987, C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283 (*AAMS*).

HvJ EG 21 september 1988, C-267/86, ECLI:EU:C:1988:427 (*Van Eycke/Aspa*).

HvJ EG 14 december 1989, C-3/87, EU:C:1989:650 (*Agegate*).

HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89, ECLI:EU:C:1990:142 (*Rush Portuguesa*).

HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*).

in HvJ EG 17 november 1993, C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886 (*Reiff*).

HvJ EG 19 januari 1994, C-346/92, ECLI:EU:C:1994:7 (*SAT/Eurocontrol*).

HvJ EG 9 juni 1994, C-153/93, ECLI:EU:C:1994:240 (*Delta Schiffahrts*).

HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*).

HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303 (*CNSD*).

HvJ EG 21 januari 1999, C-215/95 & C-216/96, ECLI:EU:C:1999:12 (*Bagnasco*).

HvJ EG 8 juli 1999, C-49/92, ECLI:EU:C:1999:356 (*Anic Partecipazioni*).

HvJ EG 16 september 1999, C-22/98, EU:C:1999:419 (*Becu e.a.*).

HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*).

HvJ EG 21 september 1999, C-115/97, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens*).

HvJ EG 21 september 1999, C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437 (*Drijvende Bokken*).

HvJ EG 20 november 2001, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616 (*Jany*).

HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*).

HvJ EG 9 september 2003, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 (*CIF*).

HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01, EU:C:2004:18 (*Allonby*).

HvJ EG 14 december 2006, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784 (*Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*).

HvJ EG 20 september 2007, C-116/06, ECLI:EU:C:2007:536 (*Kiiski*).

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 (*Danosa*).

HvJ EU 4 september 2014, C-184/13 – C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147 (*API*).

HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Cartes Bancaires*).

HvJ EU 4 december 2014, C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*).

Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen

GvEA EG 26 oktober 2000, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242 (*Bayer*).

GvEA EG 3 december 2003, T-208/01, ECLI:EU:T:2003:326 (*Volkswagen/Commissie*).

Gerecht van de Europese Unie

Gerecht EU 12 april 2013, T-451/08, ECLI:EU:T:2013:189 (*STIM/Commissie*).

Hoge Raad

HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*).

7.3 Kamerstukken en overige

Kamerstukken

Kamerstukken II 2016/17, 34036, 40.

Kamerstukken II 2017/18, 34775 VIII, 19.

Kamerstukken II 2017/18, 34036, 65.

Kamerstukken II 2017/18, 34036, 68.

Kamerstukken II 2017/18, 34036, N.

Nationaal

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2006, DGB2006/857M, *Stcrt.* 2006, 141.

Handelingen II 2017/18, 24, item 12.

Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2018, nr. 2018-0000112981.

Europese Unie

PbEU 2001, C 368/13.

Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis).

PbEU 2004, C 101/102.

Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag.