Position paper

Mededingingsrecht in relatie tot samenwerking tussen zzp-ers

Ten behoeve van de
Vaste Kamercommissie voor Economische Zaken

Januari 2017

Prof. Dr. Anna Gerbrandy – Universiteit Utrecht
Mr. Paul Kreijger – Visser Schaap & Kreijger

Utrecht University

Inhoudsopgave

Samenvatting **4**

1. Inleiding **6**

Aanleiding 6
Doel van het *position paper* 6
Onderzoeksvragen en methodologie 6
De positie van zzp-ers 7
Opzet van het position paper 9

2. Mededingingswet in Europees verband **11**

Europees en nationaal mededingingsrecht 11
Interpretatie-perikelen 12
Publiek belang van afspraken tussen zzp-ers 15
Hof van Justitie, Europese Commissie en lidstaat Nederland 16
Conclusie 16

3. Samenwerking tussen zzp-ers en het kartelverbod **18**

Zzp-ers als onderneming 18
Schijnzelfstandingen: geen ondernemingen 19
Tariefafspraken tussen zzp-ers en het kartelverbod 21
Conclusie 22

4. Wettelijke Uitzonderingen **24**

4.1. Artikel 6 lid 3 Mw/artikel 101 lid 3 VWEU **22**

Uitzondering onder voorwaarden 24
Voorwaarde: efficiëntieverbeteringen 25
Voorwaarde: een billijk aandeel voor gebruikers 26
Voorwaarden: noodzakelijkheid en restconcurrentie 27
De nieuwe beleidsregel mededinging en duurzaamheid 28
Het cultureel belang 29
Conclusie 30

4.2. De bagatelregeling van artikel 7 Mw **31**

Nationale uitzondering 31
Praktisch belang 32

4.3. Conclusie **34**

5. Jurisprudentiële uitzonderingen **35**

Ondernemingsbegrip 35
Cao's 35
Wouters-doctrine 36
Conclusie 36

6. 'Zelfstandige' wetgeving **37**

Het wetsvoorstel algemene gelding 37
Wetgeving voor (schijn)zelfstandigen 38
Conclusie 40

7. Beantwoording van de onderzoeksvragen, denkrichtingen **41**

Kernvragen 41
Denkrichtingen 32

Samenvatting

Welke ruimte biedt de (huidige interpretatie van de) Mededingingswet voor samenwerking en afspraken tussen zzp-ers, mede in acht genomen dat zij voor een groot deel in materiële zin overeenkomt met de Europese mededingingsregels?

- De ruimte voor het nationale mededingingsrecht om af te wijken van het Europese mededingingsrecht is beperkt.
- De huidige handhaving van het mededingingsrecht is vooral gebaseerd op bescherming van, met name in financiële/kwantificeerbare termen gemeten consumentenwelvaart. Er is wel debat over de relatie tussen het mededingingsrechtelijke kartelverbod en niet-economische belangen, zoals met name (in Nederland) het belang van duurzaamheid bij samenwerking tussen ondernemingen die daarop is gericht.
- Het publiek belang dat met het toestaan van (mededingingsbeperkende) samenwerking tussen zzp-ers is gemoeid is niet eenduidig. Het kan liggen in bescherming van de sociaal-economische positie van de zzp-er(s), voorkomen van 'precariaat', een 'race to the bottom' of van (her-)commodificatie van arbeid. Ook kan het publiek belang waartoe samenwerking noopt, voor bepaalde groepen zzp-ers liggen in bijvoorbeeld de bescherming van cultuur, waaronder ook journalistiek zou kunnen worden begrepen.
- Indien zzp-ers "schijnzelfstandigen" zijn vallen zij niet onder het mededingingsrecht. Juist het type zzp-er waarover veel zorgen worden geuit, bijvoorbeeld ontslagen werknemers die als goedkope zzp-er hetzelfde werk moeten doen, valt mogelijk onder dit begrip.
- Indien zzp-ers geen schijnzelfstandigen zijn moeten hun onderlinge afspraken getoetst worden aan het kartelverbod. Het kartelverbod verbiedt (o.a.) prijsafspraken (inclusief afspraken die een effect op de prijsstelling hebben). Zulke afspraken zijn 'doelbeperkingen' en daarmee in beginsel 'merkbaar'. Deze afspraken vallen daarmee in de regel onder het verbod zonder dat uitzondering mogelijk is.
- Volledigheidshalve benadrukken wij dat het mededingingsrecht zich richt tot ondernemingen en dus niet de *overheid* beoogt te beperken in het formuleren van publieke belangen en de keuze met welke (beleids)instrumenten die te dienen. De voor dit op het mededingingsrecht gerichte *position paper* relevante afwegingskader is dan ook of, en in hoeverre de overheid kan toestaan dat juist *private partijen* onderling concurrentiebeperkende afspraken maken ten dienste van door henzelf gedefinieerde publieke belangen.

Welke oplossingen zijn mogelijk, indien wordt aangenomen dat deze ruimte te beperkt is?

- De ruimte die in de toepassing van de uitzondering van artikel 6 lid 3 Mw/artikel 101 lid 3 VWEU wordt gegeven aan (tarief)afspraken die zijn ingegeven door bescherming van een publiek belang is (zeer) beperkt in de huidige toepassing van het kartelverbod door de Europese Commissie en de ACM.

- Met name is het de vraag of de 'voordelen' die voortvloeien uit de afspraken gekwantificeerd kunnen worden en of zij in voldoende mate terecht komen bij de 'gebruikers' van de zzp-diensten.
- Evenmin is het gemakkelijk een (adequaat onderbouwd) beroep te doen op de bijdrage van (groepen zzp-ers) aan het algemeen belang van cultuur.
- Relevant is de beleidsregel duurzaamheid en mededinging 2016, die de ACM opdraagt ook voordelen voor de samenleving als geheel en lange termijnvoordelen in een beoordeling mee te nemen. Het is niet duidelijk of deze beleidsregel zich uitstrekt over tariefafspraken tussen zzp-ers, vanwege het diffuse karakter van het begrip 'duurzaamheid'.
- Ook is relevant dat de ACM in het kader van deze beleidsregel, maar ook ten aanzien van samenwerking tussen eerstelijnszorgaanbieders, heeft aangegeven niet direct handhavend op te zullen treden. Een dergelijk handhavingsstandpunt zou voor zzp-ers mogelijkerwijs enige ruimte bieden.
- De bagatelbepaling biedt ruimte voor afspraken tussen kleine groepen zzp-ers. Desalniettemin is de toepassing van de bagateluitzondering niet zonder gevaar indien het Europese recht van toepassing is (dus bij een interstatelijk effect). Bovendien is de ruimte die geboden wordt in zekere zin 'te klein' voor zzp-ers om aan de kern van de zorg – te weinig onderhandelingsmacht – tegemoet te kunnen komen.
- De specifieke uitleg van het kartelverbod die bekend staat als de 'Wouters-doctrine' biedt wellicht aanknopingspunten, maar zoals de minister van Economische Zaken eerder concludeerde zijn de randvoorwaarden voor toepassing niet helemaal helder. Een zekere wettelijke inkadering van het publiek belang lijkt vereist.
- Kortom: binnen het huidige mededingingsrecht is de ruimte voor uitzonderingen waarop tariefafspraken tussen (zelfstandige) zzp-ers zouden kunnen worden toegestaan beperkt.

De vraag of dit alles 'te weinig' ruimte biedt is een normatieve/politieke vraag die wij in dit *position paper* niet beantwoorden. Dit is juist een kwestie voor de politiek. Buiten de Mededingingswet zijn twee ontwikkelingen relevant:

- Er is een wetsvoorstel in ontwikkeling waarbij 'algemene gelding' kan worden gegund aan duurzaamheidsafspraken. Dit zou wellicht ook voor afspraken tussen zzp-ers kunnen gelden.
- Er is in ieder geval een voorbeeld van specifieke wetgeving voor (schijn)zelfstandigen in Ierland.

Denkrichtingen, indien de politieke afweging zou zijn dat er 'onvoldoende' ruimte is voor samenwerking tussen zzp-ers, vanwege het publiek belang dat met die samenwerking wordt beoogd, worden aangegeven in het laatste hoofdstuk van dit *position paper*.

1. Inleiding

Aanleiding

De Tweede Kamer heeft ingestemd met het voorstel van de Vaste Commissie voor Economische Zaken om drie *position papers* te laten opstellen over 'de passendheid en de houdbaarheid van de mededingingswet in relatie tot de groei van het aantal zelfstandigen zonder personeel (zzp-ers)'. De Universiteit Utrecht is gevraagd het mededingingsrechtelijk *position paper* op te stellen. Het onderzoek is uitgevoerd door Prof. Dr. Anna Gerbrandy, hoogleraar Mededingingsrecht aan de Universiteit Utrecht en Mr. Paul Kreijger, advocaat bij Visser Schaap & Kreijger.[1]

Doel van het *position paper*

Het doel van het onderzoek is de leden van de Vaste Commissie voor Economische Zaken (en de Tweede Kamer) te informeren over de juridische voorwaarden bij toepassing van mededingingsrechtelijke verboden en uitzonderingen en daarbij de mogelijke discussiepunten aan te duiden.

Onderzoeksvragen en methodologie

De vragen van de Kamercommissie[2] zullen worden beantwoord aan de hand van twee kernvragen:

1. Welke ruimte biedt de (huidige interpretatie van de) Mededingingswet voor samenwerking en afspraken tussen zzp'ers, mede in acht genomen dat zij voor een groot deel in materiële zin overeenkomt met de Europese mededingingsregels?
2. Welke oplossingen zijn mogelijk, indien wordt aangenomen dat deze ruimte te beperkt is?[3]

Het onderzoek is opgezet vanuit een *neutraal juridisch* perspectief. Daarbij wordt *geïnventariseerd* wat de huidige stand is van het mededingingsrecht (t.a.v. zzp-ers). Aandacht zal worden besteed aan de verschillende normatief-geladen *posities* die in het bredere debat betreffende de rol en doel van mededingingsregels worden ingenomen. Het *position paper* richt zich *in algemene zin* op de zzp'ers

[1] Prof. mr. A. Gerbrandy is, na in de (mededingingsrechtelijke) advocatuur en rechterlijke macht werkzaam te zijn geweest, thans hoogleraar mededingingsrecht aan de Universiteit Utrecht, raadsheer-plaatsvervanger in het College van Beroep voor het bedrijfsleven en redacteur van het tijdschrift Markt & Mededinging en van het tijdschrift Mediaforum. Zij promoveerde in 2002 *cum laude* op de convergentie tussen Nederlands en Europees mededingingsrecht. Mr. P.J. Kreijger is advocaat sinds 1997 (gespecialiseerd in Europees en Nederlands mededingingsrecht), lid van de Adviescommissie mededingingsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten, vaste medewerker van tijdschrift Markt & Mededinging en redacteur van tijdschrift Mediaforum. Beiden publiceren en doceren zeer regelmatig over mededingingsrechtelijke onderwerpen.

[2] De vragen van de Kamercommissie luidden: "1. Is de Mededingingswet wel actueel genoeg voor de huidige machtsverhoudingen, vooral voor zzp-ers en hun onderhandelingsmacht? 2. Moet er een wijziging komen van de Mededingingswet of moet deze wet anders geïnterpreteerd worden ten aanzien van zzp-ers, zodat zij onderling prijsafspraken kunnen maken? 3. Zijn er andere oplossingen mogelijk? 4. Waarom wordt er geen gebruik gemaakt van de bagatelregeling van 10%? 5. Hoeveel ruimte er is in EU-verband om van het kartelverbod af te wijken?".

[3] In de offerte hebben we aangegeven dat een volledige rechtsvergelijking buiten het bereik van dit (kortlopende) onderzoek ligt. Daarnaast is aangegeven dat de vraag "Waarom wordt er geen gebruik gemaakt van de bagatelregeling?" buiten het bereik ligt van puur juridisch onderzoek. Beantwoording zou empirisch onderzoek vergen, bijvoorbeeld door interviews. Het *position paper* zal wel de systematiek van de bagatelregeling betrekken in de beantwoording van de kernvragen, evenals eventueel in literatuur opgeworpen bezwaren en kanttekeningen bij deze regeling.

die onder het mededingingsrecht kunnen vallen, hoewel zzp'ers onderling zeer van elkaar kunnen verschillen. Waar nuttig zal aan de verschillen aandacht worden gegeven.

De positie van zzp-ers

De vraagstelling van de Kamercommissie vindt, naar wij begrijpen, aanleiding in de zorgen die met name sinds de recente crisis zijn geformuleerd over de ontwikkelingen met betrekking tot de positie van zzp-ers in Nederland.[4]

Zelfstandigen zonder personeel (zzp-ers) zijn er in veel soorten.[5] Een deel van de zzp-ers redt zichzelf prima en verwerft voldoende inkomen, inclusief om daarvan (bijvoorbeeld) een arbeidsongeschiktheidsverzekering af te sluiten en een pensioenvoorziening te regelen (bijvoorbeeld adviseurs in commerciële sectoren, ict-specialisten, interim managers).[6] De aanleiding voor de vraag om dit *position paper* lijkt niet te liggen in zorg om deze zzp-ers. Veel meer lijkt die te gaan om de positie van zzp-ers die géén voldoende inkomen verwerven en/of een inkomenspositie hebben die lager ligt dan die van werknemers (met vergelijkbaar werk). Een deel van deze zzp-ers heeft naar verluidt onvoldoende inkomen om voorzieningen voor arbeidsongeschiktheid en pensioen te treffen.[7] Het is met name de stijging van het aantal zzp-ers die hun eigen arbeid aanbieden dat de groei van het aantal zzp-ers in deze groep heeft veroorzaakt.[8] Dat neemt niet weg dat ook in de groep zzp-ers die producten aanbieden de inkomenspositie laag kan zijn (het gaat dan bijvoorbeeld om landbouwers). De groep zzp-ers die arbeid aanbieden is diffuus als het gaat om de inhoud van hun werkzaamheden: kunstenaars, tekstschrijvers, tolken en vertalers, bouwvakkers, zorgverleners en journalisten kunnen hiervan deel uitmaken. Zij hebben gemeen dat zij hun werkzaamheden uitoefenen tegen een vergoeding, die tot stand komt op markten waarbij zij in concurrentie met anderen te maken hebben met soms grote en krachtige afnemers. De uit dat krachtenspel resulterende vergoedingen en condities worden in veel gevallen door de betrokken aanbieders en hun belangenvertegenwoordigers wel als maatschappelijk onaanvaardbaar gezien.[9] Ten grondslag aan het verzoek om een *position paper* ligt, voor zover wij kunnen opmaken, de zorg om de positie van deze groep zzp-ers, die door sommigen wordt aangeduid als deel uitmakend van het *precariaat*.[10]

---

[4] Het was niet mogelijk deze veronderstellingen aan de Kamercommissie voor te leggen ter toetsing.

[5] Zie voor een introductie: CBS, 'Achtergrondkenmerken en ontwikkelingen van zzp'ers in Nederland', te vinden op: https://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/0374E776-5C6D-428E-B7B9-FEADA895CB48/0/009093ZZPersinNederland.pdf.

[6] Zie bijvoorbeeld het standpunt van ZZP-Nederland, die tegen minimum tariefafspraken is (o.a. in een serie berichten op www.zzp-nederland.nl).

[7] Over de positie van zzp-ers en arbeidsongeschiktheid zie CPB, 'Zelfstandigen en arbeidsongeschiktheid', te vinden op: https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Policy-Brief-2016-11-Zelfstandigen-en-arbeidsongeschiktheid.pdf.

[8] Dit is in afbakening van zzp-ers die eigen producten of grondstoffen aanbieden.

[9] Zie bijvoorbeeld: FNV, 'Position paper loonontwikkeling en arbeidsinkomensquote' (14 september 2016), te vinden op: https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2016D33413&did=2016D33413; het ingezonden stuk van FNV in Trouw 13 september 2016, te vinden op: https://fnvzzp.nl/media/319351/20160913-trouw-zelfstandige-verdient-een-hoger-uurloonpdf.pdf; SER, 'Arbeidsmarktverkenning cultuursector', te vinden op: https://www.ser.nl/nl/~/media/files/internet/publicaties/overige/2010_2019/2016/verkenning-arbeidsmarkt-cultuursector/verkenning-arbeidsmarkt-cultuursector.ashx; en ook WRR, 'Hoe ongelijk is Nederland', te vinden op: http://www.wrr.nl/fileadmin/nl/publicaties/PDF-verkenningen/V28_Hoe_ongelijk_is_NL_volledig.pdf.

[10] Zie bijvoorbeeld NRC, 9 juli 2016, te vinden op: https://www.nrc.nl/nieuws/2016/07/09/victoriaanse-tijden-op-de-arbeidsmarkt-3162105-a1509848. Een definitie van 'precarious employment' zou kunnen zijn "a variety of forms of employment established below normative standards, which results from an unbalanced distribution towards and

Achtergrond is ook een angst voor een *race naar beneden*.[11] Een meer abstractere zorg kan zijn gelegen in de *commodificatie* van arbeid in de samenleving.[12]

Als een van de oorzaken kan in de huidige maatschappelijk-economische setting op de (opgelegde) onderlinge concurrentie tussen de zzp-ers en hun individueel zwakke onderhandelingsmacht tegenover opdrachtgevers worden gewezen.

Een van de mogelijkheden om de positie van zzp-ers te verstevigen zou dan kunnen zijn om hen toe te staan onderling tariefafspraken te maken. Tariefafspraken, naar analogie van de afspraken die in een cao omtrent loon en overige arbeidsvoorwaarden worden gemaakt, geven opdrachtgevers geen mogelijkheid om eenzijdig, lage, tarieven op te leggen of zzp-ers onderling tegen elkaar uit te spelen. Dergelijke afspraken zouden bijvoorbeeld evenals cao's per sector kunnen worden onderhandeld en ook andere onderdelen dan de tarieven van de zzp-ers kunnen betreffen (zoals aansluiting bij pensioenvoorzieningen). Overigens verstaan wij onder 'onderlinge afspraken' ook de situatie waarin een beroepsorganisatie of vakbond namens individuele zzp-ers afspraken maakt over tarieven en andere condities ('cao voor zelfstandigen').

Tegenstanders benadrukken de keerzijde: dat aanbieders aldus in staat worden gesteld om marktmacht uit te oefenen en daarmee een prijs te bedingen voor hun diensten en producten die boven het niveau ligt dat bij volledige en vrije concurrentie zou gelden. De afnemer betaalt daarvoor uiteindelijk de prijs. Moet niet iedere zelfstandig ondernemer, hoe klein of groot ook, immers niet zelf zijn broek ophouden en eieren voor zijn geld kiezen als de vraag naar zijn producten en diensten terugloopt in plaats van maatregelen eisen die hem een 'eerlijk inkomen' moeten garanderen? Dit is toch de essentie van ondernemerschap?[13] Weliswaar is de klacht van aanbieders dat zij slachtoffer zijn van inkoopmacht en een '*race tot the bottom*', maar ook afnemers hebben er belang bij dat niet alle aanbod wordt 'afgeknepen' en zullen dus bereid zijn een eerlijke prijs te betalen. Maar dat betekent toch niet dat elke ondernemer een inkomensgarantie heeft – juist de noodzaak om te concurreren om de vraag van klanten houdt ondernemers scherp en

---

among workers of the insecurity and risks typically attached to the labour market", (C. Frade & I. Darmon, I, 'Rights versus Opportunities in the Study of Precarious Employment: Two Conflicting Theoretical and Policy Approaches to the Social Question', *paper presented at the International Seminar on Risk and Insecurity in Flexible Economies, organized by the ESOPE Project*, May 2003, University of Warwick, Coventry (UK).

[11] Zie bijvoorbeeld FNV, 'Brandbrief Race naar beneden', brief van 18 november 2016 van FNV, CNV, VCP aan de SER, te vinden op: https://www.ser.nl/~/media/files/internet/persberichten/2016/20161118-brandbrief-fnv-cnv-vcp.ashx.

[12] In de kern van het concept 'commodificatie' van arbeid lijkt het idee te liggen dat arbeid economisch verhandelbaar is. Ook personen in loondienst bieden arbeid aan tegen betaling; commodificatie heeft echter connotaties met 'bulk-goed', waarbij verschillende aanbieders inwisselbaar zijn. Het ontbreken van sociale voorzieningen en sociale inbedding, die meer verbonden zijn aan het werknemerschap spelen daarin een rol. Hier wordt ook wel het concept 'humans-as-service' gebruikt: "Humans-as-a-service perfectly conveys the idea of an extreme form of commodification of human beings" (V. de Stefano, 'The Rise of the 'just-in-time workforce': On-demand work, crowdwork and labour protection in the 'gig-economy", *ILO Conditions of Work and Employment series* No. 71, 2016). Iets anders omschreven gaat het om "the imposition of a strict relationship between employment terms and conditions and work tasks. (…) A paradigmatic case of adjustment is through the use of self-employment" (C. Frade & I. Darmon, 'New Modes of business organization and precarious employment: towards the recommodification of labour?', in: *Journal of European Social Policy* 2005, Vol 15(2): 107–121).

[13] Nota bene: het EU Handvest voor de Grondrechten kent in art. 16 zelfs een grondrecht van "vrijheid van ondernemerschap".

zorgt voor innovatie. Niet voor niets leidt de ontdekking van (prijs-)kartels tot publieke verontwaardiging en claims van afnemers die zich gedupeerd voelen.

Wij kiezen in dit *position paper* geen positie in dit debat. Dat is bij uitstek – en binnen de marges die het Europees recht daarvoor laat – een politieke afweging. Dit *position paper* schetst de ruimte binnen het huidige mededingingsrecht voor dergelijke afspraken. Op basis daarvan kan de politieke weging worden gemaakt of aanpassing van die ruimte wenselijk is.

Wel benadrukken wij op dit punt nog eens dat niet vergeten moet worden dat het mededingingsrecht zich naar zijn aard richt tot ondernemingen, niet tot de overheid. Het mededingingsrecht zegt niets over de vraag of de overheid zich een bepaald belang (bijvoorbeeld dat van zzp-ers in een benarde positie) zou mogen aantrekken, en hoe de overheid dat dan zou moeten doen. Men moet dus voorzichtig zijn om het mededingingsrecht te snel als een algemene sta in de weg te zien voor het dienen van publieke belang.[14] Maar de vraag is wel *wie* dat publiek belang het best kan dienen en *wie* überhaupt dat publiek belang omschrijft en vaststelt.[15] Vertaald naar het mededingingsrecht, en meer specifiek het kartelverbod, gaat het om de vraag tot hoever de overheid kan toestaan dat niet zij, maar juist *private partijen*, ondernemingen en hun vertegenwoordigers, de onderlinge concurrentie beperken en daarmee hogere prijzen rekenen, ten dienste van een door henzelf gedefinieerd algemeen belang (of dat nu duurzaamheid is, cultuur, of iets anders). Men kan dat, bijvoorbeeld vanwege een voorkeur voor zelfregulering boven wetgeving, wenselijk vinden (zoals ook cao's namens werknemers al wenselijk worden gezien en aan sociale partners worden overgelaten) of juist niet (zijn dat soort prijsverhogende ondernemersafspraken niet in feite een soort van 'private belastingheffing'?). Zoals opgemerkt kiezen wij dit *position paper* geen partij.

Opzet van het *position paper*

Onderlinge afspraken omtrent tarieven tussen ondernemers, in welke vorm dan ook, komen al snel in strijd met het mededingingsrecht. Dit *position paper* is gericht op het in kaart brengen van de ruimte die het mededingingsrecht al dan niet biedt aan onderlinge afspraken tussen zzp-ers.

Om de hierboven geformuleerde kernvragen te beantwoorden zal hierna allereerst (kort) worden stilgestaan bij de kernnormen van het mededingingsrecht en de verhouding tussen de Nederlandse mededingingswet en het Europese mededingingsrecht. Dit is van belang omdat het Nederlandse mededingingsrecht voor een groot deel materieel gelijk is aan het Europese mededingingsrecht (hoofdstuk 2). In hoofdstuk 3 en 4 wordt ingegaan op de eerste kernvraag door allereerst weer te geven wanneer afspraken tussen zzp-ers onder het mededingingsrecht kunnen vallen, en meer precies onder het verbod op het maken van mededingingsbeperkende

[14] Een bekend voorbeeld is de Wet op de vaste boekenprijs, op grond waarvan prijsconcurrentie tussen boekverkopers is uitgeschakeld. Wanneer boekverkopers dat onderling afspreken overtreden zij het kartelverbod en moeten zij een beroep doen op de wettelijke uitzondering (waar zij in het verleden overigens in geslaagd zijn). Wanneer de overheid dit in een wet vastlegt, is het effect hetzelfde, maar de Mededingingswet wordt niet overtreden en staat er dus ook niet aan de regeling in de weg (ACM heeft dan ook alleen de mogelijkheid om bezwaar te maken in ingezonden brieven, zoals recent nog gebeurde), nu de vaste boekenprijs immers niet langer op ondernemersafspraken berust.

[15] Zie over deze discussie onder andere: A. Gerbrandy, Toekomstbestendig Mededingingsrecht, *Markt & Mededinging* 2016/3, p. 102-112, met verdere verwijzingen.

afspraken, ofwel het 'kartelverbod' (hoofdstuk 3). Vervolgens wordt in antwoord op de tweede kernvraag nagegaan welke mogelijkheden er zijn, in het huidige mededingingsrechtelijke kader, om dergelijke afspraken alsnog toe te staan (hoofdstuk 4 en hoofdstuk 5). Hoofdstuk 6 gaat in op de vraag welke mogelijkheden er daarnaast zouden zijn om, indien deze ruimte als te beperkt wordt gezien, afspraken tussen zzp-ers alsnog mogelijk te kunnen maken, bijvoorbeeld door specifieke wettelijke regelingen (hoofdstuk 6). Delen van deze hoofdstukken zijn noodzakelijkerwijs meer exploratief dan positiefrechtelijk beschrijvend. Het *position paper* sluit af met de beantwoording van de onderzoeksvragen en aanduiding van mogelijke denkrichtingen (hoofdstuk 7).

2. Mededingingswet in Europees verband

In dit hoofdstuk worden (zeer kort) de hoofdregels van mededingingsrecht uiteengezet en wordt aandacht besteed aan de onderlinge samenhang tussen Europees en Nederlands mededingingsrecht. Dat laatste is van groot belang voor de beantwoording van de onderzoeksvragen.

Europees en nationaal mededingingsrecht

De mededingingsregels zijn neergelegd in het Europees recht (zowel in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ('VWEU') als in secundaire regelgeving) en het nationaal recht (Mededingingswet, 'Mw'). Toezicht op en handhaving van deze regels is in handen van de Europese Commissie (de Commissie) en – in Nederland - de Autoriteit Consument en Markt ('ACM'). Naast deze publiekrechtelijke toepassing van de mededingingsregels (waarbij een onderneming te maken krijgt met een handhavende overheid) kunnen de regels ook aan de orde zijn in civielrechtelijke procedures (civielrechtelijke handhaving). Een typisch, en steeds belangrijker, voorbeeld van het laatste zijn schadeclaims van afnemers van ondernemingen die bij een kartel betrokken waren en er dus van verdacht worden kunstmatig hoge prijzen te hebben gerekend.

De hoofdregels van mededingingsrecht zijn in de nationale en EU-context vrijwel gelijk. Dat komt omdat de Mededingingswet, die sinds 1998 geldt, is gebaseerd op de EU-regels. De wetgever stond daarbij duidelijk voor ogen dat de Nederlandse mededingingsregels niet strenger, maar ook niet soepeler dan de Europese regels zouden moeten zijn.[16] De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie ('het Hof van Justitie') geldt over het algemeen dan ook voor nationale zaken en wordt zowel door de ACM als door de Nederlandse rechter rechtstreeks toegepast. Niet in de laatste plaats omdat de Mededingingswet de definitie van een aantal kernbegrippen volledig heeft afgestemd op de Europese equivalent.[17]

Er zijn drie hoofdnormen van mededingingsrecht rechtstreeks gericht tot ondernemingen: het kartelverbod, het misbruikverbod en het concentratietoezicht. Voor dit *position paper* is slechts het kartelverbod relevant. Het 'kartelverbod' (eigenlijk: het verbod op het maken van mededingingsbeperkende afspraken) – hierna nog verder aan de orde - is neergelegd in artikel 101 lid 1 VWEU en – bijna gelijkluidend – in artikel 6 lid 1van de Mededingingswet (hierna: Mw). Het bepaalt dat verboden zijn:

> 'alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de

[16] MvT, p. 10.

[17] Zo bepaalt art. 1 onder f Mw dat een "onderneming" wordt gedefinieerd als "onderneming in de zin van art. 101 lid 1 van het Vedrag". Zoals hierna blijkt, is dat bijvoorbeeld van groot belang voor de vraag wanneer een zzp-er nu als "onderneming" gebonden is aan het mededingingsrecht: daarover heeft het Hof van Justitie (overigens in een Nederlandse zaak) een belangrijke uitspraak gedaan in 2014 welke hierna in detail behandeld wordt.

mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst'.

Artikel 6 lid 1 Mw omvat dezelfde elementen, maar is beperkt tot de Nederlandse markt of een deel daarvan. Artikel 6 lid 1 Mw wordt *samen met* artikel 101 VWEU toegepast indien de afspraak of gedraging onder de reikwijdte van de Europese mededingingsregels valt.[18] Dat is het geval indien de betrokken afspraak de handel tussen de lidstaten van de EU kan beïnvloeden, ofwel sprake is van een "interstatelijk effect". In dat geval is de ACM (en de nationale rechter) *ingevolge het Europese recht* verplicht de Europese bepaling toe te passen. Onder het kartelverbod vallen over het algemeen in ieder geval onderlinge afspraken omtrent quota of (onderdelen) van de prijs: deze afspraken zullen zelden zijn geoorloofd en de uitzonderingen zijn minder snel van toepassing (zie hierna).

Interpretatie-perikelen

Bij de toepassing van het kartelverbod is de vraag hoe de daarin neergelegde norm wordt geïnterpreteerd van belang. Zoals aangegeven is *ten eerste* van belang dat het nationale mededingingsrecht tegelijkertijd met het Europese mededingingsrecht moet worden toegepast (indien er sprake is van een "interstatelijk effect"). Mede vanwege deze verplichte gelijktijdige toepassing (door de ACM en nationale rechter) wordt de interpretatie van artikel 6 Mw sterk beïnvloed door – en is zij in de praktijk gelijk aan – die van artikel 101 VWEU. Er is alléén ruimte voor 'eigen' mededingingsrecht indien het gedrag of de afspraak waarop het mededingingsrecht wordt toegepast geen interstatelijk effect heeft. Dit begrip wordt Europeesrechtelijk ingevuld.[19]

Ten tweede is van belang dat de toepassing van het Europese mededingingsrecht uiteindelijk door het Hof van Justitie wordt getoetst, en dat ook prejudiciële (interpretatie-)vragen van nationale rechters over het mededingingsrecht door het Hof van Justitie worden beantwoord. De rechtspraak van het Hof van Justitie is leidend voor de interpretatie en toepassing van Europees mededingingsrecht, en daardoor ook van zeer groot belang voor het nationale mededingingsrecht.

Maar, *ten derde,* moet er op worden gewezen dat in het huidige mededingingsrechtelijk discours discussie wordt gevoerd over de *doelstellingen van het mededingingsrecht*. Deze discussie is veelomvattend en bevat vele nuances.[20] Daarin kan als (min of meer onbetwist) uitgangspunt

[18] Dit is ook verplicht, op grond van art. 3 lid 1 van Verordening 1/2003, de ook in Nederland bindende EU-verordening die de tenuitvoerlegging van art. 101 VWEU nader reguleert.

[19] Zie de Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (Voor de EER relevante tekst), Pb EU (2004), C 101, p. 81 - 96.

[20] Zie onder andere: T. Prosser, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services,* Oxford: Oxford University Press 2005; D. Zimmer (red.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2012; O. Budzinski, 'Monoculture versus Diversity in Competition Economics', *Cambridge Journal of Economics* (32) 2008, afl. 2, p. 295-324; C. Townley, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford: Hart Publishing 2009; A. Gerbrandy, 'Competition Law and Private-Sector Sustainability Initiatives', in: A.L.B. Colombi Ciacchi (et.al)(red.), *Law & governance. Beyond the public-private law divide?*, Den Haag: Eleven International Publishing 2013, p. 81-104; O. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 101*, Oxford: Oxford University Press 2006; W. Kerber, 'Should Competition law Promote Efficiency?', in: J. Drexl, L. Idot en J. Moneger, *Economic Theory and Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009; I. Lianos, 'Some reflections on the question of the goals of EU competition law', in: I. Lianos en D.

worden genomen dat het Europese mededingingsrecht sinds de jaren '90 een 'meer economische benadering' kent. Economisering houdt in dat het mededingingsrecht een sterkere economische grondslag kreeg (dat wil zeggen: sterker dan tot dan toe). Het idee waarop deze economiseringsslag was gegrond is dat alleen afspraken met een daadwerkelijk en kwantificeerbaar negatief effect op de zogeheten 'consumentenwelvaart' zouden moeten worden verboden.[21] Dat was een correctie op de toepassing van het mededingingsrecht die als formalistisch werd gezien: niet de daadwerkelijk negatieve effecten, maar een beoordeling in het licht van meer vage begrippen als economische handelingsvrijheid stond in die oudere benadering centraal.

Deze verandering betekende ook dat economische theorie, met de centrale notie van de efficiëntie van marktwerking, de kern is geworden van een mededingingsrechtelijke beoordeling. De daadwerkelijke effecten van een overeenkomsten kunnen met behulp van de toepassing van economische inzichten en modellen worden gekwantificeerd. Dat betekent een grotere rol van economische bewijsvoering. De Commissie, en ook de ACM, stellen in dit kader *consumentenwelvaart* centraal als doelstelling van mededingingsrecht. Dat wordt, als (min of meer) eenduidige doelstelling door veel economen en juristen onderschreven als een (normatief) juiste keuze, zij het dat de nodige discussie wordt gevoerd over inhoud en reikwijdte van dit begrip. In essentie is het begrip 'welvaart' in dit specifieke verband een maatstaf voor de mate waarin een markt adequaat functioneert. Dit welvaartsbegrip wordt onderscheiden in 'producentenwelvaart' ofwel de mate waarin aanbieders in staat zijn opbrengsten boven hun kosten te genereren. Bij 'consumentenwelvaart' gaat het om het (kwantificeerbaar) verschil tussen wat de consument (let wel: in de algemeen-abstracte zin van de afnemer, dus niet per se de natuurlijke persoon die voor privé-gebruik zaken koopt) maximaal bereid is te betalen voor een dienst of product en datgene wat hij in de gegeven omstandigheden daadwerkelijk betaalt. Hoe groter het verschil (bijvoorbeeld doordat dankzij de concurrentie prijzen lager zijn), hoe groter het voordeel of 'consumentensurplus' en hoe groter dus de consumentenwelvaart. De som van beide (producenten en consumentenwelvaart) is totale welvaart. Het is denkbaar dat bijvoorbeeld een kartelafspraak producenten voordeel bezorgt dat zelfs opweegt tegen het nadeel voor afnemers, in welk geval de totale welvaart toeneemt. Maar wanneer de focus in het beleid op de consumentenwelvaart wordt gelegd, geeft dat niet de doorslag en zal ook dan de kartelafspraak verboden (moeten) worden.[22]

In haar strategienota uit 2013 formuleert ACM het als volgt:

Geradin (red.), *Handbook In EU Competition Law: Substantive Aspects,* Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 1-85; T.R. Ottervanger, *Maatschappelijk verantwoord concurreren* (oratie Leiden) 19 maart 2010; S.A.C.M. Lavrijssen, 'The protection of non-competition interests: What role for competition authorities after Lisbon', *European Law Review 2010*, afl. 5, p. 634-659; E.H. Pijnacker Hordijk, 'Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod', *M&M* 2013/6, p. 187; J. Mulder, 'Op het snijvlak van onafhankelijkheid en openheid: wat is de rol van de ACM in een duurzame maatschappij?', *SEW* 2014, p. 565; en 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, p. 522.

[21] Zie hierover ieder handboek over mededingingsrecht, bijvoorbeeld Jones & Sufrin, EU Competition Law, 2016.

[22] Vgl. A. Jones, B. Sufrin, EU Competition Law, 6th Ed. 2016, p. 11.

> 'Concurrentie is een instrument om de welvaart te vergroten. Het belangrijkste aanknopingspunt voor het optreden van ACM vormt het effect op de consumentenwelvaart van gedragingen door ondernemingen in de markt. Op goed functionerende markten worden goederen en diensten aangeboden tegen een prijs/kwaliteit verhouding, waarmee de belangen van de consumenten worden gediend. De bescherming van concurrentie is een speerpunt bij de uitoefening van onze taken: met gezonde concurrentie ontstaan kansen en keuzes voor bedrijven en consumenten.'

ACM tracht ook de effecten van haar activiteiten, de 'outcome' periodiek te meten en te publiceren. In 2013 omschreef ACM het als volgt, waarbij duidelijk de nadruk op kwantificeerbaarheid is gelegd:[23]

> "De ACM-outcome definiëren we als "een ex-ante inschatting van de relatief eenvoudig kwantificeerbare directe effecten van het optreden van ACM op de korte termijn in termen van afnemerswelvaart." De outcome-berekening geeft daarmee een indicatie van de orde van grootte van dit effect. Met deze indicatie willen we voor de maatschappij en de politiek zichtbaar maken wat de baten zijn van ACM.
>
> Bij de berekening van de outcome gaan we uit van de volgende uitgangspunten:
> · eenvoudig;
> · met enige mate van zekerheid te monetariseren;
> · toekomstige effecten voor de consument;
> · waarbij voorzichtige aannames worden gebruikt;
> · zo veel mogelijk gerapporteerd per zaak."

De huidige discussie spitst zich onder meer toe op de vraag of het voorgaande betekent dat er voor *niet-economische belangen,* of *publieke belangen* in een mededingingsrechtelijke beoordeling nog ruimte is of zou moeten zijn.[24] Let wel: het gaat hier om de vraag naar de doelstellingen van het *mededingingsrecht*. De discussie is niet of de overheid niet-economische of publieke belangen zou moeten (of mogen) nastreven, maar met name of het mededingingsrecht daar wel het juiste instrument voor is. Hiervoor merkten wij dat al op. Simpel gesteld: zou ondernemingen moeten worden toegestaan (door een ruime uitleg van het mededingingsrecht) om op grond van overwegingen van bijvoorbeeld duurzaamheid onderling afspraken te maken waardoor de consument meer voor hun producten gaat betalen? Of zou de overheid niet zelf publieke belangen moeten dienen, bijvoorbeeld met wetgeving?

In Nederland spitst de discussie zich vooral toe op *duurzaamheidsinitiatieven*. Deze aandacht is het gevolg van onder andere de (negatieve) beoordeling door de ACM van het Energie-akkoord en de Kip van Morgen. Beide gevallen waarin ondernemingen onderling afspraken maakten ter bevordering van duurzaamheid (uitfasering kolencentrales, bevorderen dierenwelzijn door

[23] ACM Working paper 'Outcome ACM - Berekeningsmethode van de outcome van ACM en resultaten voor 2013', par. 2.1, te vinden op: www.acm.nl.
[24] Het begrip 'publiek belang' is vrij ongedefinieerd. Zie daarover, o.a. over de spraakverwarring tussen juristen en economen, E. van Damme, 'Economisering', *Markt & Mededinging* 2016/5.

'plofkip' uit te bannen), die wel zouden leiden tot hogere prijzen (minder goedkope opwekcapaciteit, minder 'kiloknallers' in het schap). Kort samengevat, is het probleem dat publieke belangen, zoals duurzaamheid, lastig zijn 'mee te nemen' in een mededingingsrechtelijke beoordeling indien daarbij wordt gefocust op het consumentenwelvaartsbegrip dat zich meer focust op directe en kwantificeerbare effecten op prijzen en andere concurrentie-condities.[25]

Publiek belang van afspraken tussen zzp-ers

Specifiek in relatie tot de zzp-problematiek is de vraag welk(e) publiek belang(en) daarbij nu precies aan de orde is (zijn). Zien wij het goed, dan heeft een belangrijk, zo niet een overwegend deel van de zorgen omtrent de positie van de zzp-er betrekking op diens *individuele positie*, ongeacht de aard van de dienst of het product dat hij aanbiedt. Heeft de zzp-er wel voldoende bestaanszekerheid, is zijn arbeidsongeschiktheidsrisico adequaat gedekt, is zijn pensioenvoorziening op orde, kortom: overwegingen van sociale aard die (zeer) vergelijkbaar zijn met die waarop de nationale en internationale arbeidsrechtelijke positie van werknemers (minimumloon, werktijden, arbeidsomstandigheden, ontslagbescherming, medezeggenschap etc.) is gebaseerd. Zeker daar waar de zzp-er in feite grotendeels hetzelfde werk doet als werknemers en in vergelijkbare omstandigheden werkt (of zelfs in feite als zzp-er het werk deed dat hij eerder als werknemer deed) rijst de vraag of niet sprake is van 'schijnzelfstandigheid' in plaats van ondernemerschap zoals het mededingingsrecht dat reguleert (zie ook hierna). Vanuit deze individuele inkomenspositie van zzp-ers is het publiek belang gelegen in de (politieke) wens vorming of vergroting van het 'precariaat' te voorkomen en op deze gronden een 'race-to-the-bottom' tegen te gaan. De eventuele wens gelegen in het voorkomen van (re- of her-) commodificatie van arbeid ligt ook op dit meer algemene niveau aan deze zorg ten grondslag. Het gaat dan grotendeels, of zelfs geheel om dezelfde zorgen waar ook de uitgebreide en complexe sociale bescherming van werknemers is gebaseerd.

Echter, daarnaast is ook denkbaar dat als afzonderlijk publiek belang wordt geïdentificeerd om verschraling te voorkomen van aanbod van bepaalde typen van diensten en producten, bijvoorbeeld cultureel aanbod van zelfstandige creatieven (kunstenaars, schrijvers, acteurs, musici etc.) dat onder druk zou staan door beperkte vergoedingen waarvan men niet kan leven. De vraag is dan of het mededingingsrecht, bijvoorbeeld, aan belangenverenigingen van auteurs moet toestaan om collectieve minimumvergoedingen met uitgevers en andere exploitanten overeen te komen, met het oog op publieke (culturele) belangen (zoals wij ook de vaste boekenprijs kennen).

[25] Europese Commissie (2004) Richtsnoeren Artikel 81(3) van het Verdrag. Pb EU 2004, C 101/97; Europese Commissie (2010) Richtsnoeren verticale restricties. Pb EU 2010, C 130/1. In 'oude' beschikkingen van de Commissie was dat anders: zo kan worden verwezen naar een beschikking van de Commissie ten aanzien van het uit-faseren van de productie van milieuonvriendelijke wasmachines, waarin de Commissie toch óók milieu-overwegingen betrok (naast besparing van kosten). Weliswaar noemt de Commissie enkele bedragen, maar deze hebben vooral betrekking op de totale voordelen van de vermeden (externe) kosten in het overgaan naar nieuwe wasmachines. Een echte berekening is in deze zaak niet aan de orde (zie Commissie beschikking van 24 januari 1999, zaak IV.F.1/36.718, CECED, Pb EC 2000, L 187/47). Het is natuurlijk de zeer de vraag of de Commissie een dergelijke beoordeling nu op dezelfde manier zou doen.

Hof van Justitie, Europese Commissie en lidstaat Nederland

In de discussie omtrent publieke belangen en mededingingsrecht zijn nog twee punten van belang voor dit *position paper*. Dat betreft (a) de positie hierin van het Hof van Justitie en (b) de ruimte die op nationaal niveau bestaat om af te wijken van de positie van de Commissie en/of het Hof van Justitie.

Wat (ad a) de precieze positie is van het Hof van Justitie, is niet geheel duidelijk. Dat consumentenwelvaart een van de doelstellingen van mededingingsrecht is – en dat de Commissie dat derhalve leidend kan laten zijn in bepaling van de zaken die zij onder handen neemt – is duidelijk. Daarmee is niet gezegd dat 'duurzaamheid' of andersoortige publieke belangen waarop zzp-samenwerking (mede) kan zijn gebaseerd door het Hof niet geaccepteerd zouden worden als element in een mededingingsrechtelijke beoordeling. Het Hof lijkt een andere positie in te nemen dan de Commissie, en te onderschrijven dat meerdere doelstellingen mogelijk zijn.[26] Bovendien, zoals hierna zal worden toegelicht, zijn er enkele wat wonderlijke constructies ontstaan in de jurisprudentie van het Hof waarbij de vraag omtrent de relatie tussen mededingingsrechtelijke belangen en niet-mededingingsrechtelijke belangen soms tot verrassende uitkomsten heeft geleid.[27] En tenslotte is het – bij gebrek aan jurisprudentie - onduidelijk hoe het Hof een beoordeling onder de uitzondering van artikel 101 lid 3, waarbij een weging van publieke belangen (niet) werd betrokken, in de huidige situatie zou bezien (zie ook hierna, hoofdstuk 4).

Voor de lidstaat Nederland (ad b), of het nu de regering, de lokale overheid, de rechter of de ACM is, is het in de politiek-juridische constellatie niet gemakkelijk af te wijken van het Europees mededingingsrecht, vanwege de verbinding tussen Europees en nationaal mededingingsrecht en de verbinding tussen de toezichthouders en de Commissie in het Europese netwerk van mededingingstoezichthouders. Afwijken van de rechtspraak van het Hof van Justitie is, zeker indien de interpretatie duidelijk is, juridisch onhoudbaar. Hoewel door sommigen wordt betoogd dat de positie van het Hof van Justitie juridisch méér ruimte biedt dan nu wordt ingenomen, ook voor ACM, is de begrenzing van die ruimte onduidelijk. Daarbij geldt bovendien dat ook de lidstaat Nederland gebonden is aan het Europees mededingingsrecht, zoals hierna aan de orde komt bij de bespreking van het voorstel 'algemeen geldend verklaring'. Nederland is ook gebonden aan de vrij verkeer bepalingen, indien zij voor een wetgevend traject zou kiezen waarbij het publiek belang buiten het mededingingsrecht wordt gereguleerd.

Conclusie

Het Nederlandse en Europese mededingingsrecht zijn sterk verweven. Het nationale mededingingsrecht wordt indien er sprake is van een interstatelijk effect gelijktijdig met het Europese mededingingsrecht toegepast. Dit is een Europeesrechtelijke verplichting. Het mededingingsrecht wordt primair gehandhaafd door de ACM en door de Europese Commissie,

[26] Zie hierover de literatuur genoemd in voetnoot 20, die overigens maar het topje van de ijsberg betreft.

[27] Bijvoorbeeld het leerstuk van inherente beperkingen (ook wel 'Wouters-doctrine, zie hoofdstuk 5). Zie recent hierover E. Kloosterhuis, 'Wouters: All-in the Family?', *Markt & Mededinging* 2016/3. Of het 'haakje' van solidariteit gebruiken zie A. Gerbrandy, Toekomstbestendig Mededingingsrecht, *Markt & Mededinging* 2016/3, 102-112; of via de nuttig-effect route (zie R. Wesseling, "Polder-Plus"-model: oplossing "Kip van Morgen" ligt niet bij ACM maar bij minister, *Markt & Mededinging* 2015/6, p. 220-221). Deze mogelijkheden worden hieronder besproken.

en door nationale rechters. Rechtspraak van het Hof van Justitie geeft weer hoe het recht geïnterpreteerd wordt.

De Commissie en de ACM stellen bij toepassing 'consumentenwelvaart' centraal. Het Hof van Justitie heeft tot nu toe een wat pluriformere interpretatie van het Europese mededingingsrecht gegeven, maar in de praktijk is consumentenwelvaart de leidende doelstelling van mededingingsrecht. Er is wel discussie over de plaats van zogenoemde publieke of niet-economische belangen. De publieke belangen gemoeid met de positie van zzp-ers lijken te liggen in de inkomenspositie van individuele zzp-ers, meer in algemene zin in hun sociaal-economische positie, het tegengaan van groei van het precariaat en wellicht in het tegengaan van commodificatie van arbeid. Het is aan de politiek om deze belangen scherp te krijgen.

In Nederland spitst de discussie zich toe op de plaats van duurzaamheid in het mededingingsrecht als private partijen mede vanwege een duurzaamheidsstreven mededingingsbeperkende afspraken maken. Hoewel sommigen betogen dat hiervoor wel enige ruimte is, of zou moeten zijn, hanteert in ieder geval de Commissie een striktere opvatting, die in de juridisch-politieke constellatie van groot belang is.

Mocht de politieke beraadslaging ertoe leiden dat er ruimte gezocht wordt voor het nastreven van publieke belangen in het toestaan van tariefafspraken tussen zzp-ers (of hun belangenbehartigers) dan zal dat binnen het Europese kader moeten worden ingepast (of dat kader moet ter discussie worden gesteld op Europees niveau, waartoe uiteindelijk echter waarschijnlijk een Verdragswijziging nodig zou zijn). Hierna zal verder worden ingegaan op de ruimte binnen dat kader.

3. Samenwerking tussen zzp-ers en het kartelverbod

Zoals hiervoor uiteengezet, is het kartelverbod gericht tot "ondernemingen". De vraag wat een "onderneming" is wordt in art. 1 f van de Mededingingswet beantwoord door verwijzing naar hetzelfde begrip in het Europees kartelverbod van art. 101 lid 1 VWEU. Daarmee is de rechtspraak van de Europese rechter op dit punt ook leidend voor de uitleg (en dus de reikwijdte) van het Nederlandse kartelverbod.

Zzp-ers als onderneming

Uit die Europese rechtspraak volgt dat het begrip 'onderneming' zeer ruim moet worden uitgelegd: het gaat om elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd en ongeacht of sprake is van een winstoogmerk.[28]

Daarnaast is – zeker in verband met het onderwerp van dit rapport – van belang dat ook *natuurlijke personen* zeer wel als "onderneming" aan het kartelverbod zijn gebonden, namelijk zodra zij met een economische activiteit de markt betreden en tegen betaling hun diensten aanbieden. Daarmee staat mededingingsrechtelijk buiten twijfel dat ook de natuurlijke persoon die als zelfstandig ondernemer actief is, en dus de zzp-er, in beginsel onder het kartelverbod valt. De zzp-er zal dus de beperkingen van dat verbod in acht moet nemen bij het maken van afspraken (rechtstreeks of via belangenverenigingen) met andere ondernemingen omtrent prijzen en andere condities.

Dit punt – dat zzp-ers als ondernemingen onder het kartelverbod vallen - was relatief recent nog aan de orde bij de introductie van de regeling van het auteurscontractenrecht zoals dit sinds 1 juli 2015 geldt. Dat heeft tot doel de positie van makers te versterken ten opzichte van exploitanten van hun werken en heeft daardoor sterk raakvlak met de meer algemene positie van zzp-ers tegenover hun opdrachtgevers (zoals in hoofdstuk 1 geschetst). Om de positie van makers te versterken is onder meer in art. 25 c lid 2 Auteurswet bepaald dat de minister van OCW op voorstel van representatieve verenigingen van makers voor een specifieke branche een standaardvergoeding vast kan stellen. Zijdens de regering is erop gewezen dat nu makers veelal als zelfstandig ondernemer in mededingingsrechtelijke zin zullen kwalificeren (denk aan vrijgevestigde journalisten, fotografen, tekstschrijvers, regisseurs etc.), het maken van onderlinge tariefafspraken, al dan niet via belangenverenigingen, met het kartelverbod in aanvaring zou komen, zodat daarom noodzakelijk zou zijn dat dergelijke tarieven uiteindelijk door de overheid en niet door private partijen zelf vastgesteld zouden worden. Tegelijkertijd kan de overheid ook niet 'zomaar' de tariefafspraken bevestigen zonder zélf in strijd met het Europese mededingingsrecht te handelen. Want weliswaar is het mededingingsrecht gericht tot ondernemingen, maar de overheid mag niet het Europees mededingingsrecht frustreren door

[28] De standaarduitspraak is HvJ EU 23 april 1991, zaak 41/90, Jur. 1991 p. I-1979 (Höfner). Afbakeningsproblemen zijn in de rechtspraak met name aan de orde geweest ten opzichte van *overheidslichamen*: ook overheden kunnen als "onderneming" de markt betreden, maar voor zover zij typische overheidstaken uitoefenen zijn zij daarbij niet gebonden aan het kartelverbod (ook al kunnen zij in die hoedanigheid wel degelijk markten beïnvloeden) en veel rechtspraak handelt over de vraag wat dan typische overheidstaken zijn. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-138/11, Compass-Datenbank. In Nederland oordeelde bijvoorbeeld de NMa in 1999 dat het CBR typische overheidstaken verricht, besluit van 21 juni 1999, zaak 119/Loke e.a./CBR.

bijvoorbeeld kartels van overheidswege 'goed te keuren' of te bevorderen.[29] Het is derhalve de vraag of deze wijze van bescherming van zelfstandige kunstenaars mededingingsrechtelijk houdbaar is, ook met de voorgestelde 'eigen afweging' door de minister.[30]

Schijnzelfstandigen: geen ondernemingen

Niet iedere natuurlijke persoon die als zzp-er actief is, is echter per definitie ook als 'onderneming' aan het kartelverbod gebonden, hoe ruim de definitie van dat begrip ook is. Let wel: aan de orde is hier de reikwijdte van het kartelverbod. Als zzp-ers géén ondernemingen zijn, dan is het kartelverbod op hen niet van toepassing en vallen afspraken die tussen hen zijn gemaakt buiten de reikwijdte van het verbod. In dit verband is de figuur van de "*schijnzelfstandige*" relevant. Deze kwam aan de orde in een procedure tussen FNV Kunsten Informatie en Media (KIEM) en de Staat, naar aanleiding van een negatief oordeel van de NMa over een in 2006 gesloten cao tussen enerzijds FNV KIEM (en de Nederlandse toonkunstenaarsbond (Ntb)) en anderzijds de Vereniging van Stichtingen Remplaçanten Nederlandse Orkesten (VSR).[31]

Wij gaan op deze zaak uitgebreid in, omdat zij van groot belang is om te bepalen of zzp-ers al dan niet onder de reikwijdte van het verbod vallen.

Schijnzelfstandige in de uitspraak van het Hof van Justitie

In de 'CAO Remplaçanten Nederlandse Orkesten' was ook een minimumtariefbepaling voor zelfstandige remplaçanten opgenomen, die was gebaseerd op artikel 1 lid 2 van de Wet op de Collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) dat het mogelijk maakt ook cao's voor niet-werknemers te sluiten. Tot dan toe was die bepaling in de praktijk een dode letter gebleven; de remplaçanten-cao was de eerste keer dat er toepassing aan was gegeven.

De NMa (later opgegaan in de ACM) gaf in een op 5 december 2007 gepubliceerd 'Visiedocument' echter te kennen dat deze cao, voor zover deze op zelfstandigen betrekking had, het kartelverbod overtrad en niet kon profiteren van de 'cao-exceptie' of 'sociale exceptie'. Dit is de in de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkelde uitzondering op het kartelverbod voor collectieve overeenkomsten als resultaat van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties die tot doel hebben rechtstreeks bij te dragen aan de verbetering van de werkgelegenheids- en/of arbeidsvoorwaarden van de betrokken werknemers.[32] De NMa meende

---

[29] Deze norm wordt niet rechtstreeks uit het kartelverbod afgeleid – dat is als gezegd immers alleen tot ondernemingen gericht – maar uit de verplichting van art. 4 lid 3 van het EU Verdrag voor lidstaten om zich te onthouden van maatregelen die de realisatie van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.

[30] Zie het Commentaar op artikel 25c op: http://www.ie-forum.nl/backoffice/uploads/file/Commentaar_25c-Aw.pdf,nadien gepubliceerd in J.A. Schaap, D.J.G. Visser, P.J. Kreijger, Auteurscontractenrecht, Amsterdam 2016; ook het Advies van de Raad van State ging hier op in (zie: Advies W03/11/0309/II, 14 oktober 2011, TK Advies W03.11.0309/II, TK 2011/12, 33308, nr. 4).

[31] 'Remplaçanten' zijn musici die tegen vergoeding invallen in orkesten, bijvoorbeeld bij ziekte of verlof van de 'eigen' musici.

[32] Ook wel aangeduid als de 'Albany-exceptie', naar een van de uitspraken waarin deze uitzondering is aanvaard, HvJ EU 21 september 1999, zaak C-67/96, Jur. 1999, p. I-5751 (Albany). Zie voorts HvJ EU 21 september 1999, zaak C-11597 – C-117/97, Jur. 1999, p. I-6025 (Brentjens); HvJ EU 21 september 1999, zaak C-219/97, Jur. 1999, p. I-6121(Drijvende Bokken); HvJ 12 september 2000, zaak C‑180/98–C‑184/98, Jur. 2000, p. I-6451 (Pavlov e.a.); HvJ EU 21 september 2000, zaak C-222/98, Jur. 2000, p. I-7111 (Van der Woude); HvJ EU 3 maart 2011, zaak C-437/09, Jur. 2011, p. I-973 (AG2R Prévoyance). Deze rechtspraak neemt tot uitgangspunt dat cao's weliswaar een zekere mededingingsbeperkende strekking hebben, maar dat onverkorte toepassing van het kartelverbod zou leiden tot ondermijning van sociale politiek. Deze rechtspraak komt tot uitdrukking in art. 16 onder a Mw, waarin cao's

dat die sociale exceptie in het mededingingsrecht niet ziet op afspraken die niet zozeer de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers (rechtstreeks) verbeteren, maar die van ondernemingen, zoals zzp-ers.

FNV KIEM meende dat dit Visiedocument onjuist was en vroeg de rechter om haar standpunt te bevestigen dat het mededingingsrecht zich niet verzet tegen een cao-bepaling die de werkgever ertoe verplicht ook tegenover zzp-ers bepaalde (minimum)tarieven in acht te nemen. Daarmee stelde de FNV KIEM onder meer de uitleg van het begrip "onderneming" aan de orde en dit was voor de rechter (i.c. het Gerechtshof Den Haag) aanleiding de zaak op dat punt voor te leggen aan het Hof van Justitie.

Het Hof van Justitie oordeelde in 2014 in essentie dat (i) collectieve onderhandelingen namens zelfstandigen niet zijn uitgezonderd van het kartelverbod omdat ook zelfstandigen 'ondernemingen' zijn maar (ii) dat dit anders ligt voor zover het gaat om 'schijnzelfstandigen' ofwel "dienstverleners wier situatie vergelijkbaar is met die van werknemers" nu dit geen 'ondernemingen' zijn waarop het kartelverbod van toepassing is.[33]

De concrete invulling van het begrip schijnzelfstandigen werd door het Hof van Justitie aan de nationale rechter overgelaten. Wel merkte het Hof van Justitie op dat niet beslissend is of een persoon op "fiscale, administratieve of bureaucratische gronden" als zelfstandige wordt aangemerkt "voor zover 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 kiezen […], hij niet deelt in de commerciële risico's van die werkgever […] en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt".

Schijnzelfstandige in de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag

Op basis van deze vingerwijzing van het Hof van Justitie moest het Gerechtshof Den Haag uiteindelijk het geschil tussen de FNV en de NMa beslissen. Op basis van de criteria die het Hof van Justitie heeft opgesteld, overwoog het Haagse Gerechtshof uiteindelijk dat zelfstandige remplaçanten inderdaad als 'schijnzelfstandigen' moeten worden beschouwd:

> "Anders dan 'echte' ondernemingen bevinden zelfstandige remplaçanten zich gedurende de contractuele relatie in een ondergeschiktheidsrelatie. Zij moeten niet alleen de aanwijzingen van de dirigent opvolgen maar ook volgens een aan hen ter beschikking gesteld rooster aanwezig zijn voor repetities en concerten, dit alles niet anders dan de musici die bij het orkest als werknemer in dienst zijn. Van enige flexibiliteit of zelfstandigheid voor wat betreft de bepaling van het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken is geen sprake."[34]

---

worden vrijgesteld van het kartelverbod. Echter, deze bepaling heeft geen betrekking op cao's voor zelfstandigen in de zin van art. 1 lid 2 Wet cao (art. 16 a Mw verwijst alleen naar het eerste lid van art. 1 Wet cao).

[33] HvJ EU 4 december 2014, zaak C-413/33, ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV Kunsten Informatie en Media/Staat). Zie ook P.J. Kreijger, 'Schijn bedriegt of juist niet? De introductie van de 'schijnzelfstandige' en de cao-exceptie'. *Markt & Mededinging* 2015/1, p. 18 – 23.

[34] Arrest van 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305, r.o. 2.6.

Dat wordt niet anders, aldus het Gerechtshof, doordat de zelfstandige zelf bepaalt of en voor hoe lang hij zich verbindt en voor meerdere opdrachtgevers kan werken, nu ook werknemers voor bepaalde tijd arbeidsovereenkomsten kunnen aangaan en, als zij in deeltijd werken, ook voor meerdere werkgevers kunnen werken. Kortom, de 'sociale exceptie' op het kartelverbod geldt ook voor die zzp-ers die 'schijnzelfstandige' zijn.

Sociale dumping en het belang van werknemers als publiek belang?
In de FNV Kiem-zaak bleef een andere belangwekkende vraag onbeantwoord. FNV Kiem rechtvaardigde de minimumtarieven voor zelfstandige remplaçanten mede met een beroep op het tegengaan van 'sociale dumping'. Simpel gesteld: door niet alleen voor werknemers maar ook voor zelfstandigen minimumtarieven te bepalen, zou de cao moeten voorkomen dat werkgevers (i.c. de orkesten) gebruik zouden gaan maken van goedkopere zelfstandigen om hetzelfde werk te doen, ten nadele van werknemers. In deze redenering zou de cao dus weliswaar niet slechts voor werknemers maar ook voor zelfstandigen (ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht') gelden, maar toch buiten het kartelverbod moeten vallen omdat die minimumtarieven (mede) strekken tot verbetering van de arbeidsvoorwaarden van 'echte' werknemers. In het eerdergenoemde Visiedocument had de NMa deze redenering nog afgewezen, omdat volgens haar het vastleggen van prijzen voor zelfstandigen verder zou gaan dan noodzakelijk is voor het nastreven van sociale doelstellingen; werknemers zouden eerder gebaat zijn bij afspraken die hun arbeidsvoorwaarden rechtstreeks verbeteren.

Het Hof van Justitie ging op dit argument niet expliciet in. Maar doordat het Hof van Justitie tamelijk categorisch stelt dat namens zelfstandigen gesloten tariefafspraken niet geacht kunnen worden het resultaat te zijn van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners (zodat ze niet naar hun aard buiten het kartelverbod vallen), lijkt het er vooralsnog op dat het doel om 'sociale dumping' tegen te gaan als zodanig onvoldoende is om collectieve afspraken met betrekking tot zzp-ers geheel buiten bereik van het kartelverbod te houden.

Dat betekent dat ter rechtvaardiging daarvan een beroep zou moeten worden gedaan op een van de andere mogelijke uitzonderingen (in hoofdstuk 4 en 5 aan de orde).

Tariefafspraken tussen zzp-ers en kartelverbod
Indien geen sprake is van schijnzelfstandigheid vallen zzp-ers onder het kartelverbod. Dit stelt strikte beperkingen aan onderlinge afspraken. Dat geldt ook voor vormen van onderlinge en/of (via verenigingen of anderszins) collectieve belangenbehartiging door of tussen zzp-ers, die leiden tot harmonisatie en afstemming van belangrijke concurrentieparameters zoals tarieven en commerciële condities. Ook het vormen van 'tegenwicht' tegenover 'inkoopmacht' van grote afnemers, zoals bij supermarkten en zorgverzekeraars, valt in beginsel onder het kartelverbod,[35]

[35] Deze samenwerking wordt meestal aangeduid als 'commercialiseringsovereenkomsten': die hebben "betrekking op de samenwerking tussen concurrenten bij de verkoop, de distributie of de afzetbevordering voor hun onderling verwisselbare producten." De Commissie geeft aan: "De werkingssfeer van dit soort overeenkomsten kan sterk variëren, afhankelijk van de commercialiseringsfuncties die binnen de afgesproken samenwerking vallen. Aan het ene uiteinde van het spectrum staan de overeenkomsten inzake gezamenlijke afzet, die tot de gezamenlijke vaststelling van alle met de verkoop van een product verbonden commerciële aspecten, met inbegrip van de prijs, kunnen leiden. Aan het andere uiteinde zijn er meer beperkte overeenkomsten die alleen betrekking hebben op één bepaalde commercialiseringsfunctie, zoals distributie, service of reclame". Gezamenlijk prijsvaststelling, productiebeperkingen, marktverdeling of uitwisseling van (commerciële) informatie als gevolg van

zeker als daar afspraken over gezamenlijke prijsstelling worden gemaakt (maar zie ook hoofdstuk 4 over de bagatel-uitzondering).

Het mededingingsrecht is inherent zeer kritisch ten aanzien van gezamenlijk optreden van ondernemers waardoor zij in staat zijn om hogere prijzen of andere condities af te dwingen van hun afnemers, die zij bij onderlinge concurrentie niet zouden kunnen krijgen. Als de samenwerking daartoe leidt, betekent dat er marktmacht wordt gecreëerd en juist dat is wat het mededingingsrecht in het belang van de afnemer en de consument wil tegengaan.

Zeker waar een dergelijke afspraak betrekking heeft op *prijzen en tarieven*, zal die geacht kunnen worden de concurrentie te beperken en zonder nadere economische analyse van de mogelijke effecten als verboden moeten worden beschouwd (het zijn 'doelbeperkingen' waarvoor een dergelijke analyse niet nodig is).[36] Ten aanzien van dergelijke afspraken is het bovendien zeer waarschijnlijk dat de eis van zogeheten 'merkbaarheid' niet geldt. Merkbaarheid betreft het uitgangspunt dat het kartelverbod niet van toepassing is op overeenkomsten die de markt en (in het geval van het Europese kartelverbod de handel tussen lidstaten) slechts in zeer geringe mate beïnvloeden en dus geen 'merkbaar' effect op de concurrentie hebben.[37] Het Hof van Justitie bepaalde dat overeenkomsten die concurrentiebeperking tot doel hebben ook een merkbaar effect hebben.[38]

Conclusie

Het mededingingsrecht is van toepassing op ondernemingen. Zzp-ers worden in beginsel als 'onderneming' aangemerkt. Afspraken tussen zzp-ers, al dan niet via collectieve belangenbehartigers, vallen derhalve onder de reikwijdte van het verbod. Prijsafspraken, zoals afspraken over tarieven, zijn over het algemeen als zogenoemde doelbeperking aan te merken.

Slechts voor zover het gaat om collectieve afspraken tussen sociale partners met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden van 'schijnzelfstandigen' - ofwel "dienstverleners wier situatie vergelijkbaar is met die van werknemers" - kan een beroep worden gedaan op de 'sociale exceptie' op het kartelverbod. Het kartelverbod is dan *niet van toepassing*. Dit is van belang als onze indruk klopt dat een belangrijk deel van de zorgen die leven met betrekking tot de positie van zzp-ers betrekking heeft op een groep personen waarvan een deel wellicht inderdaad als 'schijnzelfstandig' zou kunnen worden aangemerkt. Het publieke belang dat deze groep op sociaal acceptabele voorwaarden kan werken, zoals ook werknemers dat kunnen, wordt zo bezien niet door het mededingingsrecht gedwarsboomd.

---

commercialiseringsovereenkomsten vallen in principe onder het verbod (punt. 225 en 230-233 van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten van de Europese Commissie van 14 januari 2011, Pb EU 2011, C 11).

[36] Artikel 101 lid 1 VWEU en artikel 6 lid 1 Mw maken onderscheid tussen 'doelbeperkingen' en 'effectbeperkingen'. De relevantie van dit juridische onderscheid volgt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie: voor doelbeperkingen hoeft het daadwerkelijke effect (op de markt) niet te worden vastgesteld. Als een afspraak niet in het 'hokje' van de doelbeperkingen valt, dient het daadwerkelijke effect van de afspraak te worden onderzocht. Er is een aantal afspraken waarvan *vrijwel* steeds het beperkend karakter vaststaat: prijsafspraken en de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie zijn daarvan voorbeelden.

[37] Zie voor een uitwerking van dit vereiste de mededeling van de Commissie waarin ook de grenzen zijn aangegeven.

[38] HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 9 (Expedia). Dit is ook opgenomen in de mededeling van de Commissie.

Voor het overige vallen tariefafspraken tussen zzp-ers, of afspraken die op tarieven weerslag hebben, in beginsel onder het kartelverbod.

Daarmee is de door ons geformuleerde kernvraag 1 beantwoord.

De vraag of er nadere (wettelijke) uitzonderingen op het kartelverbod bestaan, doet zich vervolgens met name voor ten aanzien van de resterende 'echte' zelfstandigen. Als 'schijnzelfstandigen' adequaat beschermd zouden worden, welke (publieke) belangen nopen er dan toe juist ten aanzien van deze groep te zoeken naar uitzonderingen op het kartelverbod en welke mogelijkheden biedt het huidige wettelijke kader daartoe? Deze vraag komt in de volgende twee hoofdstukken aan de orde.

4. Wettelijke uitzonderingen

Op het verbod van het maken van mededingingsbeperkende afspraken bestaan uitzonderingen. Het betreft (mededingings-)*wettelijke* uitzonderingen en *jurisprudentiële* uitzonderingen. Ook kan, maar wel binnen de Europese kaders, in aparte wetgeving een uitzondering worden gemaakt. In dit hoofdstuk zijn de mededingings-wettelijke uitzonderingen aan de orde. Kernvraag is hier of samenwerking tussen zzp-ers, indien deze mededingingsbeperkend is, kan worden toegestaan op grond van deze uitzonderingen.

Wij stellen nog eens voorop dat de vraag naar uitzonderingen pas aan de orde is in de situatie dat het kartelverbod van toepassing zou zijn. Zoals hiervoor toegelicht is dat niet zonder meer het geval voor zover het om afspraken tussen sociale partners over 'schijnzelfstandigen' gaat. Daaronder valt wellicht al een aanzienlijk deel van de zzp-ers waarover de meeste (politieke) zorgen bestaan. Bovendien is dat niet het geval wanneer de afspraken tussen zzp-ers de mededinging niet beperken, zij het dat dat in de regel wel zo zal zijn voor zover het om afspraken gaat over tarieven.

In dit hoofdstuk behandelen wij de uitzondering van artikel 6 lid 3 Mw/artikel 101 lid 3 VWEU (paragraaf 4.1) en de bagatelregeling van artikel 7 Mw (paragraaf 4.2). De uitzondering voor ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang (artikel 106 lid 2 VWEU/artikel 11 Mw en artikel 25 Mw) laten we buiten beschouwing in de veronderstelling dat zzp-ers niet snel belast zullen zijn met een dergelijke taak.[39]

4.1. Artikel 6 lid 3 Mw/artikel 101 lid 3 VWEU

Uitzondering onder voorwaarden

Artikel 101 lid 3 VWEU (en artikel 6 lid 3 Mw) bepaalt dat overeenkomsten die mededingingsbeperkend zijn, en dus in principe onder het kartelverbod vallen, daarvan uitgezonderd zijn, als aan vier voorwaarden is voldaan. Die vier voorwaarden zijn – samengevat – dat a) de betrokken afspraak moet leiden tot een verbetering van de productie of verdeling van producten of tot verbetering van technische of economische vooruitgang; b) een 'billijk aandeel' van de voordelen wordt doorgegeven aan 'de gebruikers', over het algemeen: consumenten; c) de beperking niet verder gaat dan noodzakelijk; en d) dat er restconcurrentie overblijft.

In de praktijk is sprake van een weging: als de voordelen opwegen tegen de nadelen dan is de overeenkomst uitgezonderd van het verbod. Als er sprake is van ernstige mededingingsbeperkingen – 'doelbeperkingen' (ook wel 'hard-core' beperkingen genoemd) – zoals prijsafspraken of productiebeperkingen, zal het moeilijker zijn om aan de uitzonderingsvoorwaarden te voldoen.

[39] Ook op ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang is het mededingingsrecht van toepassing, maar slechts voor zover die toepassing de uitoefening van de publieke taak niet belemmert.

De hierboven benoemde economisering van mededingingsrecht (zie hoofdstuk 2) heeft (mede) als gevolg gehad dat zowel de (negatieve) effecten op de consumentenwelvaart als de mogelijk positieve effecten over het algemeen worden gekwantificeerd. Indien zij worden gekwantificeerd kunnen zij tegen elkaar worden afgewogen.

Voor zover tariefafspraken tussen zzp-ers (of afspraken die kenmerken hebben van prijsafspraken en daarmee gelijk kunnen worden gesteld) onder het kartelverbod vallen zal, dan is dat omdat, zoals hierboven uitgelegd (zie hoofdstuk 3), de tariefafspraken geacht worden een negatief effect te hebben op de prijsstelling (de prijzen gaan omhoog). De eventuele voordelen die deze afspraken met zich meebrengen zullen moeten worden bezien in het licht van de vier voorwaarden van artikel 6 lid 3 Mw/artikel 101 lid 3 VWEU. Deze voordelen zijn, naar wij aannemen (maar zij zullen moeten worden gesubstantieerd) gelegen in verbeterde sociaal-economische omstandigheden voor de zzp-ers zélf, het belang daarvan voor de samenleving en het meer algemene voorkómen van een 'race to the bottom', of het wat abstractere tegengaan van commodificatie van arbeid. Daarbij is van belang dat de *bewijslast* voor het voldoen aan de voorwaarden van de uitzondering zal liggen bij degenen die de beperkende afspraken maken, dus bij de zzp-ers.

Aan de eerste twee voorwaarden van de uitzondering zal, naar verwachting, niet gemakkelijk zijn voldaan ingevolge de door de Commissie opgestelde (en door ACM gevolgde) beleidsregels. Deze twee voorwaarden bespreken we in iets verder detail.

Voorwaarde: efficiëntieverbeteringen

Het gaat, ingevolge de Commissie-richtsnoeren die de interpretatie van artikel 101 lid 3 VWEU (en ingevolge de aansluiting daarbij ook artikel 6 lid 3 Mw) betreffen, bij de eerste voorwaarden om 'efficiëntiewinsten'. Dat is niet hetzelfde als voordelen voor (alleen) partijen bij de overeenkomst. Hoewel de voordelen voor de zzp-ers zélf voor de hand liggen (en ook nog wel kwantificeerbaar zijn), is het algemeen geaccepteerd dat het moet gaan om 'objectieve' voordelen, die dus het subjectieve karakter overstijgen. Zoals in de richtsnoeren van de Commissie staat:

> "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."[40]

De Commissie stelt bijvoorbeeld dat "efficiëntieverbeteringen voort[vloeien] uit een integratie van economische activiteiten waarbij ondernemingen hun activa samenvoegen om te bereiken wat zij op eigen kracht niet zo efficiënt hadden kunnen verwezenlijken".[41] Nog iets concreter: een afspraak tussen ondernemers kan de onderlinge concurrentie beperken, maar daar kunnen voordelen tegenover staan die daar tegenop wegen, bijvoorbeeld wanneer de samenwerking leidt tot betere diensten of producten. Gezamenlijke distributie, bijvoorbeeld, 'kan aanzienlijk

[40] Richtsnoeren artikel 81 lid 3 (nu: artikel 101 lid 3 VWEU), punt 49, Pb. EU, Nr C/101, van 27 april 2004.
[41] Richtsnoeren artikel 81 lid 3, punt 49.

efficiëntieverbeteringen opleveren door de schaalvoordelen, zeker voor kleinere producenten'.[42] Daarbij kan het wel degelijk ook gaan om 'kwalitatieve efficiëntieverbeteringen', die door samenwerking gerealiseerd kan worden. De voordelen dienen in het raamwerk van de Commissie gekwantificeerd te worden (om ze vervolgens te kunnen afwegen tegen het gekwantificeerde negatieve effect dat is vastgesteld bij de verbodsovertreding). Dat geldt zowel voor kostenbesparingen als kwaliteitsverbeteringen.

De vraag is of in deze toets ook minder concrete voordelen, die terecht komen bij de zzp-ers als groep of de maatschappij-als-geheel, of voordelen die zich wellicht pas voordoen op langere termijn (voorkomen van 'race to the bottom' of commodificatie van arbeid) kunnen worden meegenomen. In dat verband is in literatuur wel opgemerkt dat de weergave van de Commissie, zoals neergelegd in deze richtsnoeren, niet helemaal overeenkomt met haar eigen praktijk van daarvóór, noch met jurisprudentie van het Hof van Justitie. Daaruit zou blijken, zoals in hoofdstuk 2 al werd besproken, dat het Hof een meer 'teleologische' interpretatie hanteert, waarbij de interpretatie van deze voorwaarde gestalte krijgt in het licht van de context van het Verdrag.[43] Dat betekent dat publiek-belang afwegingen zijn gebruikt "to supplement the economic benefits which the agreement generates".[44] Dat betekent dat in samenhang met de economische voordelen ook andere voordelen, zoals die voor publiek belang, werden meegewogen. De interpretatie van deze voorwaarde hangt derhalve samen met de hierboven weergegeven discussie over doelstellingen van mededingingsrecht. Het lijkt ook dat de verbetering van de sociaal-economische positie van de zzp-ers, of het voorkomen van een race naar beneden, dan wel tegengaan van commodificatie van arbeid lastig(er) zijn te kwantificeren dan (bijvoorbeeld) behaalde kostenbesparingen door samenwerking. Bovendien is primaire doel ook het verbeteren van de positie van de betrokken zzp-ers zelf, en dus van partijen bij de overeenkomst, zelfs wanneer dat betekent dat de consument uiteindelijk meer betaalt. Het algemeen belang en consumentenbelang vallen hier dus niet per se samen. Daarmee is het in ieder geval zeer de vraag of deze publiek-belang voordelen, in de huidige interpretatie van de Commissie en de ACM gemakkelijk meegenomen zullen worden in een beoordeling van tariefafspraken tussen zzp-ers.

Voorwaarde: een billijk aandeel voor gebruikers

De tweede voorwaarde is dat een billijk aandeel van de voordelen terecht komt bij de afnemers. Dit zijn zowel de directe afnemers van de diensten van zzp-ers als hun afnemers.[45] Het 'billijk' aandeel betekent, opnieuw volgens de richtsnoeren, dat "het doorgeven van voordelen de

[42] Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, punt 246. Zie voor een aantal uitwerkte voorbeelden dezelfde richtsnoeren.

[43] Jones & Sufrin, a.w., p. 244 – 245: "It has been seen that the ECJ has, when construing the Treaty competition provisions, adopted a teleological interpretation so that it is conceivable that despite its actual wording, the criteria set out in Article 101 (3) might be interpreted broadly against the backdrop of the wider Community aims and objectives Indeed, pursuit of a sole consumer welfare objective may produce results inconsistent with other EU policies; the TFEU specifically provides in some places that the formulation and implementation of *all* EU policies and actions should take account of certain 'policy-linking'clauses, such as environmental protection, employment, culture, health, consumer protection, industrial policy, and/or the elimination of regional disparities. Indeed, some authority can be found to support the relevance of all these goals in the Article 101 (3) context." Zie ook G. Monti, 'Article 81 and Public Policy', *CMLRev* 2002, 1057.

[44] Monti 2002, p. 1090.

[45] Zie punt 84 van de richtsnoeren artikel 81 lid 3.

gebruikers minstens moet compenseren voor eventuele daadwerkelijke of te verwachten negatieve gevolgen die zij ondervinden van de beperking van de mededinging". Met andere woorden: degenen die de hogere prijs betalen moeten minimaal voor die verhoging worden gecompenseerd, bijvoorbeeld door een betere kwaliteit of 'andere voordelen'.[46]

Ook dit wordt over het algemeen gekwantificeerd. Dat betekent dat onderzocht zou kunnen worden of de afnemers van zzp-diensten bereid zijn de hogere prijs te betalen. Indien dat het geval is, dan zou men kunnen stellen dat er geen sprake is van welvaartsverlies.[47] Over het algemeen is het daarbij zo dat als de mededingingsbeperkende effecten groot zijn en er weinig 'concreets' tegenover staat, het ingewikkelder zal zijn om aan te tonen dat aan deze voorwaarde is voldaan.
Het is vervolgens de vraag of kan worden aangetoond dat een 'billijk aandeel' van de meer algemene, abstracte, lange-termijn voordelen, die met name gericht zijn op de samenleving als geheel, terecht komen bij de eindgebruikers en hoe deze te kwantificeren. Om in welvaartstermen te blijven: 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. Op zijn minst moeten de afnemers gecompenseerd worden voor de door de onderlinge afspraken gestegen tarieven van zzp-ers.

Voorwaarden: noodzakelijkheid en restconcurrentie

Daarnaast moet aan de overige twee voorwaarden – noodzakelijkheid en restconcurrentie – voldaan worden. Voor wat betreft de noodzakelijkheid, of onmisbaarheid, is de toets dat de beperking aantoonbaar redelijkerwijs noodzakelijk moet zijn voor het behalen van de efficiëntieverbeteringen; er mogen uit economisch oogpunt geen andere praktisch haalbare en minder beperkende middelen zijn.[48] Met het vereiste dat de betrokken overeenkomst niet alle concurrentie mag uitschakelen komt tot uitdrukking dat de prioriteit binnen het mededingingsrecht uiteindelijk ligt bij de bescherming van de rivaliteit en de concurrentiewerking boven potentiële mededingingsbevorderende efficiëntiewinsten die uit beperkende overeenkomsten zouden kunnen voortvloeien.[49] Dit uitgangspunt is met name relevant waar het gaat om 'marktdekkende' overeenkomsten ten behoeve van zzp-ers, bijvoorbeeld collectieve tariefafspraken voor zzp-ers in een bepaalde sector als geheel. Welke restconcurrentie zou er dan overblijven? En zeker waar een overeenkomst prijsconcurrentie uitschakelt is aan deze voorwaarde niet voldaan, aldus, opnieuw, de Richtsnoeren van de Commissie.[50]

[46] Punt 86 van de richtsnoeren.
[47] Zo werd in de casus van de Kip van Morgen door de ACM een 'willingness to pay' onderzoek gedaan waaruit had kunnen blijken dat de consument voor de duurdere kip had willen betalen; analyse te vinden op: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13758/Analyse-ACM-van-duurzaamheidsafspraken-Kip-van-Morgen/.
[48] Richtsnoeren artikel 81 lid 3, punt 73-75.
[49] Richtsnoeren artikel 81 lid 3, punt 105.
[50] Richtsnoeren artikel 81 lid 3, punt 110.

De nieuwe beleidsregel over mededinging en duurzaamheid

De minister van Economische Zaken heeft in de duurzaamheidsdiscussie bezien of op het niveau van de interpretatie van de uitzonderingsvoorwaarden van artikel 6 lid 3 Mw (maar *niet* artikel 101 lid 3 TFEU aangezien de Minister dáár niet over gaat) meer ruimte zou kunnen worden gemaakt. Deze discussie is relevant op zijn minst omdat zij parallellen vertoont met de discussie over zzp-ers. De Minister stelde nieuwe beleidsregels voor waarbij ACM werd opgedragen de voorwaarden van de uitzondering duurzaamheidsvriendelijker te interpreteren en toe te passen. Het concept voor de nieuwe beleidsregel werd voorgelegd ter consultatie, waarop ACM en de Commissie reageerden door te stellen dat toepassing van de beleidsregel zou leiden tot strijdigheid met het Europese mededingingsrecht.[51] De nieuwe beleidsregel is ondertussen vastgesteld,[52] en geeft wellicht de meest vérgaande opdracht aan ACM die in deze politieke constellatie haalbaar werd geacht: minder vergaand dan het ter consultatie voorgelegde concept-beleidsregel, maar toch een meer alomvattende beoordeling bevattend.[53] Daarbij is interessant dat de Minister de ACM opdraagt onder de *eerste voorwaarde* 'voordelen voor de samenleving als geheel' en 'voordelen op langere termijn' mee te nemen, evenals dat de voordelen van 'alle onderdelen van de afspraken die onlosmakelijk met elkaar samenhangen' wordt bezien. Ook bij de *tweede voorwaarde* worden voordelen voor de gebruikers meegenomen die zich op 'langere termijn zullen voordoen'.

Dit is ook relevant voor het onderwerp van dit *position paper*.

Daarbij is het wel de vraag of de arbeidspositie van zzp-ers als onderdeel van 'duurzaamheid' kan worden gezien. Wellicht is daartoe aanleiding te vinden in de algemene definities van een duurzame samenleving,[54] maar het is tegelijkertijd wellicht niet een aspect waar direct aan wordt gedacht indien gesproken wordt over 'duurzaamheidsinitiatieven'.[55] Indien dit echter wel het geval is zouden de beleidsregels ruimte bieden voor het bezien van de meer algemene voordelen, zoals het voorkomen van een 'race naar beneden'. Struikelblok blijft waarschijnlijk ook dan de tweede voorwaarde (het billijk aandeel voor gebruikers) en, afhankelijk van uitwerking en impact de vierde voorwaarde (er moet concurrentie overblijven). Wellicht dat de beide andere *position papers* waartoe de Kamercommissie opdracht heeft gegeven aanknopingspunten bieden, voor onderbouwing van de stelling dat het op langere termijn óók in het voordeel is van de opdrachtgevers, en de afnemers van hun diensten, om zzp-ers een zeker bestaansminimum te garanderen. Dat te onderbouwen valt buiten het bereik van dit *position paper*.

---

[51] Zie: https://www.internetconsultatie.nl/mededingingenduurzaamheid.

[52] Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016, Stcr. 5 oktober 2106, 52945.

[53] Zo wordt de ACM door de minister opgedragen ook 'voordelen voor de samenleving als geheel' mee te nemen, alsook een specifieke clausule in onderling verband van het groter geheel te beoordelen. Het grote struikelblok blijft echter dat de voordelen voor de consument minstens even groot moeten zijn als diens welvaartsverlies. De ACM heeft ondertussen bovendien aangegeven – samengevat – slechts op te treden tegen duurzaamheidsinitiatieven als daarover wordt geklaagd, en dan niet direct over te zullen gaan tot handhaving, maar eerst een gesprek aan te gaan met betrokken partijen (zie brief van de Minister).

[54] Zie: G.H. Brundtland, *Our Common Future,* The World Commission on Environment and Development, New York: Oxford University Press 1987.

[55] Maar zie de 'beslisboom' van ACM: "Met 'duurzaam' bedoelen we goed voor mens, dier en milieu" (te vinden op: https://www.acm.nl/download/documenten/acm/mogen-bedrijven-afspraken-maken-over-duurzaamheid-interactieve-beslisboom.pdf).

Het cultureel belang

Zoals hiervoor aangegeven is een ander publiek belang dat betrokken is in de discussie over zzp-ers dat van cultuur en kunst. Het VWEU erkent in art. 167 lid 1 expliciet het belang van cultuur:

> "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."

Het vierde lid voegt daaraan toe:

> "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."

Ofschoon uit deze bepaling kan worden afgeleid dat dus ook bij optreden op basis van het Europees kartelverbod met de culturele aspecten rekening gehouden moet worden, geldt ook ten aanzien van dit belang dat dit (hoogstens) een rol kan spelen bij de toepassing van de uitzondering op het kartelverbod van art. 101 lid 3 VWEU.[56] Het kartelverbod zelf wordt er niet door opzij gezet. Dit is het uitgangspunt dat de Commissie hanteert in haar richtsnoeren,[57] en ook in de Europese rechtspraak is aanvaard dat de Commissie bij de toepassing van het kartelverbod het cultuurbelang in ogenschouw moet nemen, maar wel met name in de context van de uitzondering op dat kartelverbod.[58]

Nu het Nederlands kartelverbod van art. 6 lid 1 Mw inhoudelijk identiek is aan art. 101 VWEU lijkt er weinig tot geen ruimte voor ACM of de rechter om op grond van culturele overwegingen het kartelverbod geheel buiten toepassing te laten, zoals dat ook op Europees niveau niet kan. Het zou dus hoogstens aan komen op toepassing van de uitzondering van art. 6 lid 3 Mw. In het Nederlands recht ontbreekt bovendien een algemene met art. 167 lid 4 VWEU vergelijkbare bepaling die ACM in acht zou moeten nemen bij de toepassing van art. 6 lid 3 Mw. Het is echter

---

[56] Er is een parallel met de 'integratie-bepaling' omtrent milieu, eveneens in het VWEU opgenomen (artikel 11 VWEU): "De eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling". Deze integratiebepaling speelt vooralsnog geen rol in de toepassing in de praktijk van het mededingingsrecht, hoewel daartoe wel is gepleit in literatuur (vooral: S. Kingston, *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press 2011.

[57] In randnr. 42 stelt de Commissie: "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". De woorden "in zoverre" maken duidelijk dat discussie mogelijk is over de vraag of dergelijke niet-economische overwegingen überhaupt een rol kunnen spelen bij de toepassing van art. 101 lid 3, zie ook R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 2016, p. 169.

[58] GvEA, 12 april 2013, zaak T-451/08, ECLI:EU:T:2013:189 (STIM/Commissie), r.o. 73: "As a preliminary, it must be recalled that, under Article [art. 167 lid 4 VWEU], '[t]he Community shall take cultural aspects into account in its action under other provisions of this Treaty, in particular in order to respect and to promote the diversity of its cultures'. Accordingly, in the application of [101 VWEU], the Commission is required to take into consideration the objective of respecting and promoting cultural diversity, in particular where the application of that article concerns an activity linked to culture." Even verderop in r.o. 103 overweegt het Gerecht: "…The latter provision [art. 167 lid 4 VWEU] implies only that it is necessary to bear in mind the requirements relating to the respect for and promotion of cultural diversity when considering the four conditions for the application of Article [101 lid 3 VWEU], in particular as regards the condition relating to the indispensable nature of the restriction."

niet op voorhand ondenkbaar dat ACM bij de toepassing van art. 6 lid 3 Mw wel rekening zou kunnen houden met het cultureel belang (indien ACM haar huidige terughoudendheid bij het meewegen van niet-economische belangen zou laten varen).

Dat alles veronderstelt dan uiteraard wel dat degene die zich beroept op dit cultureel belang, net als bij de andere publieke belangen, als niet-economische rechtvaardiging voor een mededingingsbeperkende regeling, dit belang voldoende operationeel kan maken en onderbouwen. Art. 6 lid 4 Mw bepaalt expliciet dat de bewijslast dat aan die uitzondering is voldaan rust op degene die zich erop beroept, en ook de Europese rechter hanteert dat uitgangspunt.[59] Het zal echter bepaald geen eenvoudige opgave zijn om bijvoorbeeld met een beroep op het belang van voldoende divers cultureel aanbod een minimumtarief voor freelance journalisten te verdedigen als onmisbaar (immers een van de vier voorwaarden voor toepassing van de uitzondering). De moeilijkheid, zo niet onmogelijkheid om de onontbeerlijkheid van de vaste boekenprijs voor de culturele diversiteit aan te tonen, zijn veelzeggend in dat verband. Nu kan men het standpunt innemen dat ten aanzien van die vaste boekenprijs het cultureel belang een 'voorzorgsbenadering' zou rechtvaardigen: ook als het effect onzeker is, is het risico dat het misgaat zonder vaste boekenprijs dusdanig afschrikwekkend dat men beter het zekere voor het onzekere neemt. Die benadering past echter niet onder art. 6 lid 3 Mw/art. 101 lid 3 VWEU: daarvoor moet de onmisbaarheid van de beperking voor het hoger belang aantoonbaar zijn.

Conclusie ten aanzien van uitzondering artikel 101 lid 3 VWEU/artikel 6 lid 3 Mw

Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de voorwaarden voor een beroep op de uitzondering van artikel 101 lid 3 VWEU/artikel 6 lid 3 Mw een obstakel vormen voor tariefafspraken tussen zzp-ers. Wil een dergelijk beroep slagen dan dient onder andere te worden aangetoond welke efficiëntievoordelen de afspraken bereiken en hoe die voordelen terecht komen bij de afnemers. Hoewel wij hiervoor hebben aangestipt dat er wellicht kanttekeningen zijn te plaatsen bij de wijze van toepassing van deze voorwaarden door de Commissie (en de ACM) neemt dat niet weg dat een beroep op publieke belangen, inclusief het belang van cultuur, ter rechtvaardiging van een prijsafspraak tussen zzp-ers een lastige route oplevert.

Desalniettemin wijzen wij volledigheidshalve nog op een ontwikkeling in het *handhavingsbeleid* van de ACM. De ACM heeft naar aanleiding van de discussie over mededinging en duurzaamheid haar 'Uitgangspunten toezicht' vastgesteld.[60] Daarin geeft ACM aan 'niet actief' op te zullen treden bij 'maatschappelijk breed gedragen duurzaamheidsafspraken'. Dat zijn afspraken waarbij er van uit mag worden gegaan, doordat allerlei partijen bij de totstandkoming daarvan betrokken zijn geweest, 'ieders belangen' zijn gewaarborgd. Mochten er klachten binnenkomen bij ACM, dan zal de ACM ook niet zomaar een boete opleggen als zij alsnog vaststelt dat er sprake is van overtreding van het kartelverbod (en niet aan de uitzonderingsvoorwaarden is voldaan). Een vergelijkbaar uitgangspunt hanteert ACM in de eerstelijnszorg. Ook hier is het uitgangspunt, opnieuw naar aanleiding van maatschappelijke discussie over de ruimte voor

[59] Aldus het Gerecht in voornoemd arrest inzake STIM, r.o. 103.
[60] Zie het document van 2 december 2016, te vinden op: https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/duurzaamheid-en-concurrentie/uitgangspunten-toezicht-acm-op-duurzaamheidsafspraken/.

eerstelijnszorgaanbieders om onderling samen te werken, dat ACM niet direct handhavend zal optreden maar – samen met partijen – het probleem zal proberen op te lossen.[61]

Indien afspraken tussen zzp-ers als 'duurzaamheidsafspraken' kunnen worden aangemerkt (zie ook hierboven) dan zouden deze uitgangspunten ook voor hun afspraken kunnen gelden. Daartoe zou verduidelijking van de beleidsregel duurzaamheid en mededinging wellicht gewenst zijn. Maar: hierbij moet wel worden opgemerkt dat tariefafspraken over het algemeen als 'doelbeperking' zullen worden aangemerkt en het dus de vraag is of zij op dezelfde clemente houding kunnen rekenen als meer indirect mededingingsbeperkende afspraken. Bovendien moet opnieuw worden opgemerkt dat deze uitgangspunten van de ACM niet in de weg staan aan toepassing van het kartelverbod door de Europese Commissie, of door de (nationale) rechter.

4.2. De bagatelregeling van artikel 7 Mw

Nationale uitzondering

De Mededingingswet kent voorts een andere geschreven uitzondering op het kartelverbod, en wel in de vorm van de 'bagatelvoorziening' in art. 7 Mw. Deze regeling heeft geen equivalent in het Europees mededingingsrecht. Zoals hiervoor al toegelicht kent het Europees kartelverbod alleen het ongeschreven (in de rechtspraak ontwikkelde) vereiste dat de betrokken overeenkomst een 'merkbare' invloed op de concurrentie moet hebben, welk vereiste echter geacht wordt te zijn vervuld bij hardcore concurrentiebeperkingen (doelbeperkingen). In feite is de eis dat een overeenkomst pas bij een merkbaar effect onder het kartelverbod valt, voor doelbeperkingen dus geschrapt.

Nu het Nederlands kartelverbod overeenkomstig wordt uitgelegd, geldt de merkbaarheidseis evenzeer voor dat verbod. Daar komt echter de wettelijke bagatelvoorziening van art. 7 Mw nog bij. Die regeling is tweeledig. Het *eerste deel* was tot 2007 ook het enige en staat al sinds 1998 in de Mededingingswet. Dit deel is tamelijk 'digitaal' opgezet: het is gebaseerd op met name getalsmatige criteria, ongeacht marktaandelen van de betrokken ondernemingen. Dit had tot praktisch doel afspraken die vanwege hun omvang of aard voor het mededingingsbeleid van ondergeschikt belang zijn, uit te zonderen. Op grond daarvan is het kartelverbod niet van toepassing op, kort gesteld, afspraken waarbij (i) niet meer dan *acht ondernemingen* betrokken zijn met (ii) een *gezamenlijke omzet* van niet meer dan EUR 5.5 miljoen als zij zich voornamelijk richten op levering van goederen en EUR 1.1 miljoen in alle andere gevallen.

Ongetwijfeld zullen afspraken tussen niet meer dan acht individuele zzp-ers afhankelijk van hun omzet onder deze vrijstelling kunnen vallen, maar of dat in een gegeven geval ook zo is zal uiteraard van de omstandigheden afhangen.

Het *tweede deel*, ingevoerd op initiatief van de Tweede Kamer, geldt in zijn huidige vorm sinds 2011. Dit tweede deel is neergelegd in art. 7 tweede lid Mw, dat bepaalt dat het kartelverbod

[61] Zie het document van 19 september 2015, te vinden op: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14734/Uitgangspunten-toezicht-ACM-op-zorgaanbieders-in-de-eerste-lijn/.

evenmin van toepassing is op afspraken waarbij ondernemingen betrokken zijn die op de markt(en) waarop de afspraak van invloed is (zijn) een *gezamenlijk marktaandeel* van niet meer dan 10% hebben.[62] De regeling geldt ongeacht de inhoud van de afspraken, en stelt ook doelbeperkingen vrij (dus ook overeenkomsten vrij die zonder nadere economische analyse als inbreukmakend zouden worden aangemerkt, zoals prijsafspraken tussen concurrenten en andere hardcore (kartel)afspraken). Dit is ook expliciet zo bedoeld, aldus de indieners:

> "…want het MKB is juist gebaat bij het maken van hardcore afspraken. Het midden- en kleinbedrijf is vooral gebaat bij een ruimere vrijstelling voor prijsafspraken, want dit biedt MKB-leveranciers de mogelijkheid om samen op te trekken in onderhandelingen met grote bedrijven over de prijs die ze voor hun product of dienst ontvangen."[63]

Bij novelle is wel de beperking toegevoegd dat de betrokken overeenkomst de handel tussen lidstaten niet merkbaar ongunstig mag beïnvloeden. Dit om tegemoet te komen aan de zorg van de Europese Commissie dat anders de Nederlandse wet zou pretenderen zelfs hardcore inbreuken op het Europees kartelverbod (dat immers alleen van toepassing is wanneer het handelsverkeer tussen lidstaten beïnvloed kan worden) vrij te stellen, wat gelet op de voorrang van het Europees recht niet mogelijk zou zijn.

Met deze regeling is beoogd kleine leveranciers in staat te stellen om in onderhandelingen tegenwicht te bieden aan de inkoopmacht van grote bedrijven en vaker mededingingsafspraken te maken, inclusief kartelafspraken die doelbeperkingen zijn. Daarnaast diende de verruiming als signaal aan ACM om de prioritering in het handhavingsbeleid verder te verleggen van het midden- en kleinbedrijf naar grote ondernemingen.

Praktisch belang

Een van de vragen van de Kamercommissie heeft specifiek betrekking op deze bagatelregeling. De Kamercommissie vraag zich af waarom zo weinig beroep wordt gedaan op deze regeling. In antwoord daarop is allereerst van belang op te merken dat de bagatelbepaling *rechtstreeks* werkt. Er hoeft niet vooraf een 'beroep' op te worden gedaan, bijvoorbeeld door aanmelding en beoordeling door de ACM. Het is aan partijen zelf om te beoordelen of hun afspraak van deze uitzondering kan genieten. Dat betekent dat een *zichtbaar* beroep op de bagatelregeling pas aan de orde is indien in een concreet geval de casus voorligt bij de ACM of bij een rechter. Die zal toetsen of, inderdaad, aan de criteria is voldaan.

Verder is dan van belang dat het maar de vraag is of de regeling in de praktijk aan de verwachting heeft beantwoord. Veel rechtspraak is er niet over gepubliceerd.

---

[62] De oorspronkelijke regeling dateerde uit 2007 beoogde mogelijk te maken dat kleine ondernemingen verkoopcombinaties kunnen vormen, mits het gezamenlijke relevante marktaandeel van de betrokken ondernemers niet groter is dan 5% en de gezamenlijke relevante omzet niet hoger is dan € 40 000 000, TK 2005-2006, 30071 nr. 33. Het wetsvoorstel in 2011 beoogde een verruiming door de marktaandeelgrens te verhogen naar 10% en de omzetgrens te laten vervallen. Ook toen al was het doel zeker te stellen dat "…deze zelfstandige ondernemingen tegenwicht [kunnen] bieden aan ondernemingen met een groot marktaandeel en hun daaruit voortvloeiende inkoopmacht."

[63] TK 2010-2011, 32664, nr. 4.

> Een voorbeeld (dat overigens nog betrekking had op de in 2007 ingevoerde regeling) is de – mislukte – poging van een aantal boomkwekerijen zich op de vrijstelling te beroepen als verweer tegen de hen door ACM opgelegde boetes voor het samenspannen bij het inschrijven op aanbestedingen van gemeenten. Het argument dat hun gezamenlijke marktaandeel onder de 5% bleef werd niet aanvaard omdat in het geval de bij de afspraken tot betrokken ondernemingen op een bepaalde aanbesteding hebben ingeschreven, de markt op dat moment enkel die aanbesteding met aan de aanbodzijde enkel die ondernemingen omvat, zodat hun gezamenlijk marktaandeel op die markt 100% bedraagt.[64]

Meer in het algemeen geldt o.i. dat de regeling voor ondernemers, en dus voor zzp-ers, niet zonder gevaar is, juist omdat is beoogd ook doelbeperkingen van het (Nederlands) kartelverbod vrij te stellen. *Ten eerste* nemen deelnemers aan dergelijke inbreuken het risico op zeer hoge boetes en schadeclaims van afnemers, waarbij hun enige bescherming de Nederlandse bagatelregeling zou zijn. Immers, het mededingingsrecht biedt weinig aanknopingspunten om dit type afspraken te rechtvaardigen.[65] Die bescherming is niet waterdicht, gelet op de inherente onbepaaldheid van het criterium van beïnvloeding van de handel tussen lidstaten en daarmee de mogelijkheid dat het Europees kartelverbod toch van toepassing is, met alle gevolgen van dien. *Ten tweede* is het marktaandeelcriterium niet eenvoudig te hanteren. Daarvoor moet immers (i) worden afgebakend wat de relevante markt is en (ii) worden vastgesteld welk aandeel partijen op die markt gezamenlijk hebben. Beide exercities vergen een analyse die vaak complex zal zijn en feitelijke input vergt die niet steeds voorhanden is, en die ook in de regel niet tot eenduidige uitkomsten zal leiden. Partijen die zich op art. 7 Mw willen verlaten moeten, kortom, wel heel zeker van hun zaak zijn.

Bovendien is de regeling niet erg effectief juist vanwege de beperking tot 10% marktaandeel: daarmee zullen de partijen bij de afspraak toch moeilijk een vuist kunnen maken (lees: marktmacht van betekenis uitoefenen) tegenover leveranciers die immers nog zaken kunnen doen met de resterende 90% van de aanbieders die niet aan de afspraak gebonden zijn.[66] Kortom: een beroep op de regeling kent een groot risico met hoe dan ook beperkt rendement.

---

[64] Rechtbank Rotterdam 1 juli 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM9911, in hoger beroep in stand gelaten door CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:119.

[65] De bagatelregeling vrijwaart bovendien niet tegen civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens afnemers. Wel is het zo dat gedupeerde partijen geen bewijs van een inbreuk (en dus onrechtmatige daad) zullen kunnen ontlenen aan een besluit van ACM waarin die inbreuk wordt vastgesteld, wanneer ACM op grond van art. 7 lid 2 Mw niet zou kunnen optreden.

[66] Zie ook E.H. Pijnacker Hordijk, 'Initiatiefontwerp Tweede Kamer tot verruiming bagatelvrijstelling: het middel is erger dan de kwaal', *SEW* 2009/119. Overigens kan ACM op grond van art. 9 Mw de bagatelregeling in concrete gevallen buiten toepassing verklaren, wanneer de afspraken gezien de marktverhoudingen op de relevante markt in aanzienlijke mate afbreuk doen aan de mededinging. Die intrekking geldt niet met terugwerkende kracht, dient door een uitgebreide voorbereidingsprocedure met inspraak vooraf te worden gegaan en het ligt niet voor de hand dat ACM de regeling intrekt ten aanzien van hardcore afspraken enkel omdat het hardcore afspraken zijn, nu art. 7 Mw juist dat soort afspraken bedoelt vrij te stellen. Niettemin ondermijnt deze mogelijkheid de zekerheid van een wettelijke uitzondering.

4.3. Conclusie

In conclusie kan worden geconstateerd dat er twee mogelijke wettelijke uitzonderingen zijn waarop zzp-ers een beroep zouden kunnen doen ter rechtvaardiging van hun onderlinge afspraken.

Ten eerste is dat de uitzondering van artikel 6 lid 3 Mw/artikel 101 lid 3 VWEU. Een dergelijk beroep moet aan de vier voorwaarden van die uitzondering voldoen. Het is lastig om een doelbeperking te rechtvaardigen. Dat geldt ook voor tariefafspraken tussen zzp-ers. Onder andere moet aangetoond moet worden dat deze tot efficiëntievoordelen leiden, en dat een billijk aandeel van die voorwaarden wordt doorgegeven. Zowel subjectieve voordelen als publiek belang voordelen passen hier niet (goed).

De beleidsregel mededinging en duurzaamheid biedt eventueel aanknopingspunten voor toepassing op afspraken tussen zzp-ers aangezien ACM wordt opgedragen daarbij ruimere voordelen mee te nemen, zoals 'voordelen voor de samenleving als geheel' en lange termijn voordelen. Soelaas staat niet voorshands vast, mede gezien het karakter van tariefafspraken als doelbeperking, maar indien de afspraken tussen zzp-ers als 'duurzaamheidsafspraken' zouden kunnen worden gekwalificeerd, dan blijkt uit de handhavingsnotitie van ACM dat niet direct handhavend zal worden opgetreden.

Ten tweede bevat de Mededingingswet een puur nationale uitzondering voor zogenoemde bagatels. Die is alleen relevant voor afspraken zonder interstatelijk effect – een niet geheel eenduidig begrip. Deze uitzondering biedt zekere mogelijkheden voor afspraken tussen een beperkte groep zzp-ers (tot acht ondernemingen en binnen de omzetdrempels dan wel marktaandeelgrens van 10% blijvend). Daarbuiten is de regeling zonder relevantie terwijl de regeling ook niet eenduidig hanteerbaar is.

Daarmee is de tweede kernvraag voor een deel beantwoord. Hierna zullen we nog een enkele jurisprudentiële uitzondering op haar toepasbaarheid op de situatie van zzp-ers behandelen om de tweede kernvraag te kunnen beantwoorden.

5. Jurisprudentiële uitzonderingen

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn nog andere leerstukken ontwikkeld die voor de relatie tussen het mededingingsrecht en tariefafspraken tussen zzp-ers van belang kunnen zijn.

Ondernemingsbegrip

In het voorgaande kwam al aan de orde dat op het ondernemingsbegrip 'uitzonderingen' bestaan.[67] Dat geldt voor de 'schijnzelfstandige' die niet als onderneming wordt beschouwd (zie hoofdstuk 3). Het geldt ook voor entiteiten die activiteiten verrichten van 'zuiver sociale aard' en die gebaseerd zijn op 'solidariteit'.[68] Deze uitzondering is vooralsnog slechts zeer beperkt toegepast in de sfeer van pensioenfondsen en ziekenfondsen. In theorie kan worden onderzocht of op basis van de solidariteitsgrondslag ook afspraken die gegrond zijn op onderlinge solidariteit – in de zin van re-distributie van inkomen – maar niet betrekking hebben op van oudsher gereguleerde markten en dus geen overheidsbemoeienis kennen, ook tariefafspraken tussen zzp-ers kunnen worden uitgezonderd.[69] De kans van slagen van een dergelijk beroep lijkt bij de huidige stand van het recht echter gering.

Cao's

Ook kwam in het voorgaande al aan de orde dat het Hof van Justitie een uitzondering heeft erkend voor cao-afspraken (hoofdstuk 3). Deze afspraken vallen buiten het bereik van de mededingingsregels en is in de nationale context gecodificeerd in art. 16 van de Mededingingswet. Daarin worden cao's als bedoeld in art. 1 lid 1 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst van het kartelverbod vrijgesteld. Dit art. 1 lid 1 luidt:

> "Onder collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan de overeenkomst, aangegaan door een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers, waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen."

Ofschoon inhoud en uitleg van deze bepaling een vraag is van (collectief) arbeidsrecht die buiten de reikwijdte van dit *position paper* valt, lijkt het voorshands niet erg waarschijnlijk dat cao-afspraken namens 'schijnzelfstandigen' onder deze definitie vallen (de definitie knoopt immers aan bij 'arbeidsovereenkomsten' en wie een dergelijke overeenkomst aangaat is geen zzp-er), en dan vallen ze automatisch ook niet onder art. 16 lid 1 Mw.[70]

---

[67] Het begrip 'uitzondering' is niet geheel zuiver hier aangezien het verbod niet van toepassing is.

[68] o.a. HvJ EG 17 februari 1993, zaak C-159/91, Poucet, ECLI:EU:C: 1993:63; HvJ EG 16 november 1995, zaak C-244/94, FFSA, ECLI:EU:C: 1995:392; HvJ EG 16 maart 2004, zaak C-264/01, AOK, ECLI:EU:C: 2004:150. Over deze jurisprudentie ook: N. Boeger, 'Solidarity and EC Competition Law', *European Law Review* (32) 2007, afl. 3, p. 319-340; A. Winterstein, 'Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law', *European Competition Law Review* (20) 1999, afl. 6, p. 324-333.

[69] Zie A. Gerbrand, 'Toekomstbestendig Mededingingsrecht (oratie Utrecht)', *Markt & Mededinging* 2016/3, p.102.

[70] De cao voor remplaçanten in de FNV-Kiem zaak was ook gebaseerd op het tweede lid van art. 1 Wet cao: "Zij kan ook betreffen aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht. Hetgeen in deze wet omtrent arbeidsovereenkomsten, werkgevers en werknemers is bepaald, vindt dan overeenkomstige toepassing." Dat art. 16 Mw daar niet op zag, was niet in discussie.

Wouters-doctrine

Ook is in jurisprudentie van het Hof een leerstuk ontwikkeld dat wel de 'Wouters-doctrine' of de 'leer van de inherente beperkingen' wordt genoemd. Deze is gebaseerd op jurisprudentie van het Hof van Justitie waarin bepaalde (mededingingsbeperkende) regelingen buiten het bereik van het kartelverbod worden geplaatst. Het gaat daarbij om afspraken die een beperking opleveren voor de mededinging, maar die inherent noodzakelijk zijn voor het bereiken van een ander doel dat – op een of andere wijze – bij wetgeving is opgedragen of gereguleerd. In de Wouters-zaak zelf werd zo de verordening van de Nederlandse Orde van Advocaten, waarbij samengaan van advocatuur en accountancy in een enkele bedrijf niet is toegestaan, buiten het bereik van artikel 101 lid 1 VWEU geplaatst omdat deze mededingingsbeperking inherent noodzakelijk was om deontologische (tuchtrechtelijke) redenen verbonden aan de advocatuur.

In de hiervoor al enkele malen aangestipte discussie omtrent mededinging en duurzaamheid is wel bepleit dat deze doctrine grondslag zou kunnen bieden voor ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven; ook is daartégen gepleit.[71] De Minister van Economische Zaken acht de jurisprudentie omtrent de inherente beperking te weinig ontwikkeld om zekerheid te kunnen bieden als grondslag voor duurzaamheidsinitiatieven.[72] Dat komt ook omdat er tot dusver slechts enkele zaken zijn waarin het leerstuk door het Hof van Justitie daadwerkelijk is toegepast en de criteria niet steeds op dezelfde wijze worden gehanteerd.

Dat neemt niet weg dat in de kern deze jurisprudentie ruimte lijkt te creëren voor een weging tussen een algemeen belang en een mededingingsbelang. Daar moet dan, zo wordt over het algemeen aangenomen, wel van overheidswege enige bemoeienis in het vaststellen van een wettelijk kader waarbinnen de beroepsgroep opereert aan vooraf gaan.

Conclusie

Naast de in hoofdstuk 3 behandelde uitzonderingen op het ondernemingsbegrip voor 'schijnzelfstandigen' worden ook sommige entiteiten die activiteiten ontplooien van 'zuiver sociale aard' buiten het mededingingsrecht gelaten. Het is zeer de vraag of hierin voor de zzp-ers aanknopingspunten zijn te vinden om afspraken tussen hen buiten het bereik van de mededingingsregels te plaatsen. De Wouters-doctrine kan enige aanknopingspunten bieden voor uitzondering op toepassing van het verbod. Deze doctrine is slechts enkele malen door het Hof van Justitie toegepast.

[71] Zie o.a. E.H. Pijnacker Hordijk, 'Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod', *Markt & Mededinging* 2013/6, p. 187; J. Mulder, 'Op het snijvlak van onafhankelijkheid en openheid: wat is de rol van de ACM in een duurzame maatschappij?', *SEW* 2014, p. 565; 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, p. 522; J. Mulder, 'Een duurzame maatschappij, wat mag dat kosten?', *NJB 2016*, p. 1912, A. Gerbrandy, 'De Kip als symptoom', *Markt &Mededinging* 2015/6, p. 214. Zie voor een kritische beschouwing: E. Kloosterhuis, 'Wouters: All in the Family?', *Markt & Mededinging* 2016/3, p. 113.

[72] Zie de toelichting bij de beleidsregel duurzaamheid en mededinging 2016.

6. 'Zelfstandige' wetgeving

Dat in het mededingingsrecht geen ruimte is voor weging van niet-economische belangen betekent niet, zoals hiervoor ook aangegeven, dat de politieke afweging niet kan worden gemaakt om sommige belangen boven andere te stellen. Een voor de hand liggende optie is dan, ook in algemene zin, wetgeving.[73] Het is dan immers de overheid die de publieke belangen definieert en dient, niet private partijen met behulp van mededingingsbeperkende overeenkomsten.

Het wetsvoorstel algemene gelding

Nogmaals terugkerend naar de duurzaamheidsdiscussie is het interessant op te merken dat de Minister van Economische Zaken wetgeving voorbereidt waarin de mogelijkheid wordt gecreëerd om in de markt ontstane duurzaamheidsinitiatieven 'algemeen geldend' te verklaren en zo markt-dekkend te maken.[74] Er worden aan de initiatieven wel voorwaarden gesteld, zoals een zeker draagvlak en ondersteuning. Met de algemene geldend verklaring wordt, zo is de gedachte, het initiatief door de wetgever overgenomen en aan een mededingingsrechtelijke beoordeling onttrokken. De benadering doet enigszins denken aan het eerdergenoemde art. 25d Auteurswet, waarbij niet marktpartijen zelf, maar de minister van OCW condities vaststelt (zij het wel op voorstel van marktpartijen), ook weer vanuit de gedachte dat het dan (en ook alleen dan) een niet door het mededingingsrecht geraakte overheidsinterventie in de markt betreft.

Dit is een belangrijk en interessant wetsvoorstel, ook voor dit *position paper*. Het is wel met enige onzekerheid omgeven. *Ten eerste* is het de vraag – zoals hierboven aangegeven - of de sociaal-economische positie van zzp-ers (of de meer abstracte belangen als bescherming van precariaat, voorkomen van een race naar beneden of van commodificatie van arbeid) een belang is dat onder dit wetsvoorstel wordt begrepen. Maar meer in algemene zin, *ten tweede,* is het de vraag of de lidstaat Nederland niet handelt in strijd met de zogenoemde 'nuttig effect' doctrine, waaruit volgt dat de lidstaten het nuttig effect van de Europese mededingingsregels niet mogen ondergraven.[75] Uit deze jurisprudentie volgt bijvoorbeeld dat de overheid geen mededingingsbeperkende afspraken die uit 'de markt' ontstaan mag bekrachtigen, of stimuleren. Verder mag de overheid haar eigen regulerende bevoegdheden niet geheel overdragen aan de markt: delegatie van bevoegdheden mág maar onder de voorwaarde dat het publiek belang daarbij door de overheid zélf blijft worden behartigd. [76] Opnieuw kunnen wij wijzen op de

[73] Dit is een belangrijk argument tégen de weging van niet-economische belangen in een mededingingsrechtelijke beoordeling. Daartegen zijn ook argumenten te geven, die met name liggen in de realiteit dat de overheid, met name ook in Nederland, graag zelfregulering stimuleert. Dat neemt niet weg dat wetgeving meer helderheid kan verschaffen. Zie o.a. Gerbrandy, a.w. 2016.

[74] Zie brief van de Minister van 24 oktober 2016, te vinden op: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/10/24/kamerbrief-met-hoofdlijnen-wetsvoorstel-algemene-gelding-duurzaamheidsinitiatieven.

[75] Zie o.a. HvJ EG 16 november 1977, zaak C-13/77, INNO/ATAB, ECLI:EU:C:1977:185 en HvJ EG 3 december 1987, zaak C-136/86, BNIC/Aubert, ECLI:EU:C:1987:524. Zie hierover ook: R. Wesseling, "'Polder-Plus"-model: oplossing "Kip van Morgen" ligt niet bij ACM maar bij minister', *Markt & Mededinging* 2015/6, p. 220-221; en J. Mulder, *Social legitimacy in the internal market - a dialogue of mutual responsiveness* (diss. Florence), Florence: European University Institute 2016.

[76] In bestaande jurisprudentie gaat het om casus waarin de overheid aan het begin betrokken is, in de vormgeving van de overdracht, en ook eindverantwoordelijkheid draagt. Het is de vraag of datzelfde terugkomt in het

raakvlakken met de hiervoor besproken regeling voor auteursvergoeding op basis van de Auteurswet die in de praktijk, wellicht mede vanwege deze zelfde doctrine, nog niet is toegepast. De nuttig-effect regels zijn – net als de hiervoor genoemde uitzonderingen - jurisprudentiële regels, en met enige onzekerheid omgeven. De Minister gaat er van uit dat met het wetsvoorstel binnen de grenzen van deze doctrine wordt gevaren. *Ten derde* kan dergelijke regelgeving in strijd zijn met de vrij verkeer regels van het Verdrag (mits er een interstatelijke component is). Natuurlijk zijn er ook op deze interne-marktregels uitzonderingen. Bezien moet vervolgens worden of met een beroep op die uitzondering de mogelijke overtreding van het vrij verkeer recht (in casu waarschijnlijk: vrij verkeer van diensten) kan worden gerechtvaardigd. In algemene zin is het 'gemakkelijker' een inbreuk op de vrij verkeerregels te rechtvaardigen dan een inbreuk op het kartelverbod, maar dat neemt niet weg dat een dergelijke rechtvaardigingsreden moet worden onderbouwd.

Het wetsvoorstel is nog in ontwikkeling en zou ook voor zzp-ers wellicht ruimte kunnen bieden voor voorstellen tot onderlinge afspraken die door de Minister algemeen geldend zouden worden verklaard.

Wetgeving voor (schijn)zelfstandigen

Een voorbeeld van wetgevend handelen is ook de recent aanvaarde wijziging van de Ierse mededingingswet, die is ingevoerd op initiatief van de sociaaldemocratische (Labour) fractie in het Ierse parlement. Met deze wijziging is in essentie beoogd om "union rights" te "herstellen" van zelfstandigen die hen – in de visie van de indieners - ten onrechte werden onthouden op mededingingsrechtelijke gronden. Achtergrond is dat in 2004 de Ierse mededingingsautoriteit in een met de FNV Kiem-zaak vergelijkbare kwestie geoordeeld dat de collectieve tariefafspraken die vakbond Equity namens acteurs had gesloten met de beroepsvereniging voor adverteerders en reclamebureaus (Irish Advertising Agency) in strijd waren met het kartelverbod (dat in Ierland eveneens inhoudelijk is aan het Europees kartelverbod). De betrokken acteurs waren immers als onderneming te kwalificeren.[77] De indieners van het voorstel achten de daardoor ontstane situatie onjuist, aldus de toelichting:

> "…The very same grounds that justified trade unions receiving recognition and immunity for employees over a century ago are still relevant and available to justify organising and collective bargaining by selfemployed persons. Individually, they are weak, whereas united there is some rectification of the institutionalised inequality of bargaining power between the two parties."[78]

De wetswijziging beoogt het dan ook mogelijk te maken dat vakbonden ook collectief onderhandelen namens personen die als zelfstandige op persoonlijke basis hun diensten verrichten. Daartoe wordt een uitzondering op het kartelverbod geformuleerd op grond waarvan

---

wetsvoorstel en of het ontbreken daarvan betekent dat de grenzen van de nuttig-effect doctrine worden overschreden.

[77] Decision of the Competition Authority No. E/04/002 (Agreements between Irish Actors' Equity SIPTU and the Institute of Advertising Practitioners in Ireland concerning the terms and conditions under which advertising agencies will hire actors), 31 augustus 2004 (Case COM/14/03),

[78] Te vinden op: https://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?DocID=30720.

het vakbonden is toegestaan collectief te onderhandelen namens (i) "false self-employed workers" (in essentie gedefinieerd volgens de criteria die het Hof van Justitie heeft ontwikkeld voor "schijnzelfstandigen") en (ii) namens zelfstandigen die vrijwel volledig van niet meer dan twee opdrachtgevers afhankelijk zijn ("fully dependent self-employed worker"). Deze tweede uitzondering is derhalve van toepassing op zzp-ers die ondernemingen zijn, hoewel zij slechts werken voor één of, maximaal twee, opdrachtgevers en daarmee dicht liggen tegen de "schijnzelfstandige".

Echter, de uitzondering is niet ten aanzien van iedere aldus gedefinieerde zelfstandige van toepassing; eerst dient de desbetreffende groep van zelfstandigen nog te worden *aangewezen* ("relevant category of self-employed worker").[79] Dat kan op twee manieren. Ten eerste door vermelding in een bijlage bij de wet, waarin thans een drietal categorieën is aangewezen, namelijk "Actors engaged as voice-over actors"; "Musicians engaged as session musicians" en "Journalists engaged as freelance journalists". Daarnaast kan de verantwoordelijk minister op verzoek van een vakbond nog andere groepen van zelfstandigen die de aanvragende vakbond vertegenwoordigt als "relevant category of self-employed worker" aanwijzen; wel op voorwaarde dat die aanwijzing geen of slechts minimaal economisch effect heeft op de markt waarop de betrokken groep zelfstandigen actief is, niet zal leiden tot significante kosten voor de overheid en niet in strijd is met de (Europese) mededingingswetgeving. De aanwijzing kan ook weer worden ingetrokken wanneer de marktomstandigheden daartoe aanleiding geven.

Wij plaatsen enkele kritische kanttekeningen bij deze regeling. *Ten eerste* lijkt zij niet consistent met het Europeesrechtelijk kader en de uitspraak van het Hof van Justitie in FNV Kiem. Een in de nationale wet opgenomen kartelverbod dat op Europese leest is geschoeid en dus is gericht tot "ondernemingen" (zoals in Nederland, maar ook in Ierland) kan in lijn met de FNV Kiem-uitspraak zo worden geïnterpreteerd dat het niet van toepassing is op "schijnzelfstandigen". Dat was uiteindelijk ook de uitkomst van de FNV Kiem-zaak in Nederland: art. 6 Mw bleek uiteindelijk niet in de weg te staan aan de cao voor orkestremplaçanten, voor zover het althans om "schijnzelfstandigen gaat.[80] Aanpassing van de Mededingingswet was (en is) daarvoor niet nodig, maar het is natuurlijk denkbaar om in de wet een meer expliciete definitie van "schijnzelfstandige" op te nemen (of eventueel beleidsregels uit vaardigen). De Ierse regeling doet echter meer, en anders. Weliswaar bevat die een definitie van "false self-employed worker" ofwel "schijnzelfstandige", maar anders dan uit de uitspraak van het Hof van Justitie volgt voor het Europees recht, geldt de uitzondering op het nationale Ierse kartelverbod alleen voor specifiek aangewezen groepen van schijnzelfstandigen.

Ten tweede oogt de aanwijzing in de wet van (slechts) een drietal specifieke artistieke/creatieve beroepen willekeurig (en lijkt eerder het resultaat van lobbywerk[81]).

[79] De centrale norm is art. 15E van de Competition Act 2002: "Section 4 [het kartelverbod] shall not apply to collective bargaining and agreements in respect of a relevant category of self-employed worker."
[80] Uiteindelijk een meer theoretische conclusie, nu die cao toen al lang was ingetrokken.
[81] De groep van de voice-over acteurs bijvoorbeeld, was ook aan de orde in het besluit van de Ierse mededingingsautoriteit uit 2004.

Ten derde lijken de criteria voor ministeriële aanwijzing van andere groepen van (schijn)zelfstandigen niet goed doordacht. De eis dat de aanwijzing geen gevolg mag hebben voor de markt waarop de betrokken zelfstandigen hun diensten aanbieden lijkt direct strijdig met het doel van de regeling om hogere tarieven en betere condities te verzekeren: dat veronderstelt nu juist wel een invloed op de markt, en wel ten gunste van de zelfstandigen. De eis dat de aanwijzing niet mag leiden tot strijd met de Europese mededingingsregels is uiteraard op zichzelf volstrekt logisch (en de Ierse wetgever zou ook net zo min als de Nederlandse wetgever iets anders kunnen bepalen gelet op de voorrang van het Europees recht) maar duidt op hetzelfde probleem als ten aanzien van de Nederlandse bagatelregeling van art. 7 lid 2 Mw, namelijk de inherente onzekerheid van het criterium van invloed op de handel tussen lidstaten, dat bepalend is voor de toepassing van het Europees mededingingsrecht. Simpel gesteld: als de Ierse wetgever collectief onderhandelen toestaat, creëert zij ook het risico dat van die mogelijkheid gebruik wordt gemaakt in situaties waarin dat in strijd kan zijn met het Europees recht. Zeker nu die uitzondering ook gaat gelden voor "echte" zelfstandigen: zij mogen niet meer dan twee opdrachtgevers hebben – wat de reikwijdte van de regeling beperkt – maar dat staat er niet aan in de weg staat dat deze zzp-ers 'ondernemingen' zijn in mededingingsrechtelijke zin.

Conclusie

Het wetsvoorstel dat regelt dat aan duurzaamheidsinitiatieven algemene gelding kan worden gegeven is ook voor zzp-afspraken relevant indien die afspraken qua onderwerp onder de reikwijdte van dit voorstel vallen. Zowel het voorstel, als de toepassing op zzp-ers en op prijsafspraken, is wel met onzekerheid omgeven. Het lijkt echter vooralsnog een concreet aanknopingspunt te bieden voor onderlinge afspraken tussen zzp-ers die worden gemaakt ter waarborging van een publiek belang.

Een andere optie is om, in navolging van het hier besproken Ierse voorbeeld of de (met kritiek omgeven) regeling van de Auteurswet omtrent de vergoeding voor makers, specifieke wetgeving op te stellen. Dat kan voor de bescherming van specifieke groepen zzp-ers of wellicht ook meer in algemene zin. Wij plaatsten kritische kanttekeningen bij de Ierse regeling, maar men zou kunnen onderzoeken of op deze basis een betere vorm kan worden gekozen.

Wel dient steeds bij wetgeving te worden bedacht dat de overheid zélf niet indirect strijd mag handelen met het mededingingsrecht door verboden ondernemersafspraken te bevorderen, te faciliteren of goed te keuren, en dat op basis van het nationale recht vrijgestelde afspraken tussen zzp-ers nog wel in strijd kunnen komen met het Europese kartelverbod. Ook moet steeds worden nagegaan of de wettelijke regels in overeenstemming zijn met de vrij verkeer bepalingen van het VWEU. Daarbij geldt wel dat de internemarkt regels ruimere uitzonderingen kennen voor belemmeringen op het vrij verkeer dan de mededingingsregels.

7. Beantwoording van de onderzoeksvragen en denkrichtingen

Beantwoording van kernvragen
De kernvragen van dit position paper luidden:

1. Welke ruimte biedt de (huidige interpretatie van de) Mededingingswet voor samenwerking en afspraken tussen zzp-ers, mede in acht genomen dat zij voor een groot deel in materiële zin overeenkomt met de Europese mededingingsregels?
2. Welke oplossingen zijn mogelijk, indien wordt aangenomen dat deze ruimte te beperkt is?

In hoofdstuk 2 hebben wij uiteengezet dat de ruimte voor het nationale mededingingsrecht om af te wijken van het Europese mededingingsrecht (zeer) beperkt is. Het is was bovendien uitdrukkelijk beleid van de wetgever om juist zo dicht mogelijk bij het Europese mededingingsrecht aan te sluiten, en de Nederlandse mededingingswet niet strenger of soepeler te doen zijn. Hoewel er debat is over de doelstellingen van het mededingingsrecht en met name over de relatie tussen het mededingingsrechtelijke kartelverbod en niet-economische belangen, zoals met name (in Nederland) ook duurzaamheid, is de huidige interpretatie vooral gebaseerd op bescherming van consumentenwelvaart. In hoofdstuk 3 kwam aan de orde dat in beginsel, indien zzp-ers geen schijnzelfstandigen zijn (die geen 'onderneming' zijn en dus buiten het mededingingsrecht vallen), geldt dat afspraken tussen zzp-ers getoetst moeten worden aan het kartelverbod. Dat kartelverbod verbiedt mededingingsbeperkende afspraken, zoals onderlinge prijsafspraken. Zulke afspraken zijn 'doelbeperkingen' en daarmee 'merkbaar'. Afspraken tussen zzp-ers, onderling of via belangenverenigingen, over hun tarieven, of anderszins afspraken die invloed hebben op hun prijsstelling, vallen daarmee in beginsel onder het verbod.

Oplossingen, in de zin van toepassing van de uitzonderingen op het kartelverbod zijn onderzocht in hoofdstuk 4 en 5. Daarin kwam aan de orde dat de ruimte die in de toepassing van artikel 6 lid 3 Mw/artikel 101 lid 3 VWEU wordt gegeven aan tariefafspraken die zijn ingegeven door bescherming van een publiek belang, zoals de sociaal-economische positie van zzp-ers, het tegengaan van een race naar beneden, bescherming van het precariaat of het tegengaan van commodificatie van arbeid (zeer) beperkt is. Evenmin is het gemakkelijk een beroep te doen op de bijdrage van (groepen zzp-ers) aan cultuur. Een belangrijk struikelpunt is of dit type publiek-belang voordelen gekwantificeerd kunnen worden en of zij terecht komen bij de 'gebruikers' van de zzp-diensten. In dit verband is relevant de beleidsregel duurzaamheid en mededinging 2016, die de ACM opdraagt ook voordelen voor samenleving als geheel en lange termijnvoordelen mee te nemen. Het is niet duidelijk of deze beleidsregel zich uitstrekt over tariefafspraken tussen zzp-ers. Daarnaast is relevant dat de ACM in het kader van deze beleidsregel, maar ook ten aanzien van samenwerking tussen eerstelijnszorg-aanbieders heeft aangegeven niet direct handhavend op te zullen treden. Een dergelijk handhavingsstandpunt zou voor zzp-ers mogelijkerwijs enige ruimte bieden.

De bagatelbepaling in art. 7 Mw biedt ruimte voor afspraken tussen kleine groepen zzp-ers. Desalniettemin is de toepassing van de bagateluitzondering niet zonder gevaar: indien het

Europese recht van toepassing is (dus bij een interstatelijk effect) vallen tariefafspraken onder het kartelverbod. Bovendien is de ruimte die geboden wordt in zekere zin 'te klein' voor zzp-ers om aan de kern van de zorg – te weinig onderhandelingsmacht – tegemoet te kunnen komen.

Ten aanzien van de Wouters-doctrine concludeerden wij dat daarin wellicht wel aanknopingspunten zijn te vinden, maar dat – zoals de minister van Economische Zaken eerder concludeerde – de randvoorwaarden voor toepassing niet helemaal helder zijn. Een zekere wettelijke inkadering is bovendien vereist.

Derhalve is binnen het huidige mededingingsrecht de ruimte voor uitzonderingen waarop tariefafspraken tussen (zelfstandige) zzp-ers zouden kunnen worden toegestaan beperkt.

De vraag of dit alles 'te weinig' ruimte biedt is, zoals hiervoor al opgemerkt, een normatieve vraag die wij in dit *position paper* niet beantwoorden. In hoofdstuk 6 benoemden wij wel de mogelijkheid van buiten-mededingingsrechtelijke wetgeving. Als eerste bespraken we het wetsvoorstel algemene gelding voor duurzaamheidsafspraken. Dit wetsvoorstel is in ontwikkeling; onduidelijk is nog of dit ook zou kunnen gelden voor afspraken tussen zzp-ers. Als tweede bespraken we specifieke wetgeving in Ierland voor de bescherming van cao-achtige afspraken voor zzp-ers. Hoewel als voorbeeld een interessante regeling kent, is er ook kritiek mogelijk nu de regeling niet consistent lijkt. Ook hier geldt bovendien dat indien er een interstatelijk effect is, de afspraken weliswaar op grond van het nationale recht kunnen zijn toegestaan, maar dat daarmee het Europese verbod nog niet buiten werking is gesteld.

Denkrichtingen

Indien de politieke afweging zou zijn dat er 'onvoldoende' ruimte is voor samenwerking tussen zzp-ers, omdat het publiek belang dat met die samenwerking wordt beoogd thans niet goed verenigbaar zou zijn met het kartelverbod, kunnen de volgende elementen worden genoemd als denkrichtingen voor oplossingen.

- Indien zzp-ers 'schijnzelfstandigen' zijn dan vallen afspraken tussen hen buiten het mededingingsrecht.
- Het huidige mededingingsrecht wordt in de handhaving door de ACM en de Europese Commissie vooral in het licht van bescherming van consumentenwelvaart ingezet. In algemene zin is de plaats van publieke belangen, in relatie tot het mededingingsrecht, in de huidige toepassing van mededingingsrecht niet geheel eenduidig, hoewel wel duidelijk is dat ACM en Commissie deze belangen niet snel zullen meewegen. Dat betekent dat afspraken die gegrond zijn op bescherming van publieke belangen zoals sociaal-economische bescherming, tegengaan van vorming of groei van precariaat, of tegengaan van commodificatie van arbeid, of bescherming van cultuur, niet makkelijk in te passen zijn in het huidige mededingingsrecht. Een scherpe aanduiding van de publieke belangen gemoeid met de gewenste samenwerking maakt in ieder geval een afweging helderder. Een parallel kan getrokken worden met de duurzaamheid en mededinging-discussie.

- Indien afspraken tussen (zelfstandige) zzp-ers tot efficiëntieverbeteringen leiden kunnen zij aan de voorwaarden van de uitzondering van artikel 6 lid 3 Mw / artikel 101 lid 3 VWEU voldoen. Dat geldt niet gemakkelijk voor tariefafspraken.
- Indien tussen een beperkt aantal zzp-ers, wier omzet en/of marktaandeel onder de desbetreffende drempels blijft, afspraken worden gemaakt, dan kan voor hen hoogstwaarschijnlijk beroep op de bagatelregeling slagen. De effectiviteit hiervan zal wellicht beperkt zijn omdat de reikwijdte van de bagatelbepaling beperkt is en voorts niet altijd eenvoudig is vast te stellen of er aan voldaan wordt (bijvoorbeeld omdat niet eenvoudig is vast te stellen wat het gezamenlijk marktaandeel van de betrokkenen is en of dat onder de 10% blijft. Een bredere toepassing zou echter snel stuiten op grenzen van Europees mededingingsrecht.
- Indien afspraken tussen zzp-ers onder het bereik van de beleidsregel duurzaamheid en mededingingsrecht vallen, dan is er een ruimer kader voor weging van voordelen. Deze voordelen moeten wel gesubstantieerd worden. Een heldere definitie van de publieke belangen kan nuttig zijn. De ruimte is niet onbeperkt. Prijsafspraken zijn over het algemeen moeilijk te rechtvaardigen.
- Indien afspraken tussen zzp-ers onder het bereik vallen van de beleidsregel, geldt ook het uitgangspunt van de ACM niet direct handhavend te zullen optreden. Verduidelijking van dit standpunt van ACM – en of dit ook geldt voor afspraken tussen zzp-ers – kan gewenst zijn.
- Het wetsvoorstel voor algemene gelding verklaring voor duurzaamheidsinitiatieven, dat in het kader van duurzaamheid en mededinging door de minister van EZ wordt voorbereid, biedt mogelijk aanknopingspunten. Ook hier zou verduidelijkt moeten worden of dit voorstel ook afspraken tussen zzp-ers omvat en in hoeverre dat ook tariefafspraken betreft.
- In ieder geval in Ierland is een voorbeeld van specifieke wetgeving ter bescherming van de inkomenspositie van zzp-ers te vinden.
- Van belang blijft dat de ruimte op nationaal niveau mede wordt bepaald door het Europese recht en de toepassing van Europees mededingingsrecht door de Europese Commissie en het Hof van Justitie. Indien de politieke afweging tussen de bescherming van zzp-ers en de bescherming van mededinging – beide publieke belangen - oplevert dat het gewenst is meer ruimte te bieden aan (mededingingsbeperkende) samenwerking tussen zzp-ers dan dient het politieke gesprek ook op Europees niveau te worden voortgezet.