

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/180878>

Please be advised that this information was generated on 2019-11-15 and may be subject to change.



Werken in netwerken

Prof. Mr. Leonard G. Verburg

31 januari 2017

Werken in netwerken

Van: Prof. Mr. Leonard G. Verburg

Aan: De vaste commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer der Staten Generaal

Datum: 31 januari 2017

Betreft: *position paper* over het passend zijn en de houdbaarheid van de Mededingingswet in relatie tot de (groei van het aantal) zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers)

Inhoud

1. Vraagstelling en aanpak	4
1.1 <i>De vraagstelling</i>	4
1.2 <i>De aanpak</i>	4
2. Het FNV/Kiem-arrest op hoofdlijnen en voorzien van enige kanttekeningen	6
2.1 <i>Het FNV Kiem-arrest van het HvJ van 4 december 2014</i>	6
2.2 <i>Enige kanttekeningen bij het FNV Kiem-arrest</i>	8
3. Afspraken tussen zzp'ers en de ruimte voor een 'mededingingsrechtelijke' oplossing	10
3.1 <i>De bagatelvrijstelling van art. 7 Mededingingswet</i>	10
3.1.1 <i>De regelgeving en het (beperkte) effect van art. 7 lid 2 Mw</i>	10
3.1.2 <i>Omtrent de vraag wanneer een afspraak een potentieel effect op de handel tussen de lidstaten heeft: de Richtsnoeren van 2004</i>	12
3.1.3 <i>Omtrent de 'relevante markt' als bedoeld in art. 7 lid 2 Mw</i>	12
3.2 <i>De de-minimisregeling van de Europese Commissie uit 2014</i>	13
3.3 <i>Enige kanttekeningen bij de mededingingsrechtelijke regelgeving in het licht van de positie van de zzp'er</i>	14
3.4 <i>De evaluatie van de verruiming van de bagatelvrijstelling in art. 7 lid 2 Mw door Panteia (2014)</i>	16
4. Afspraken tussen zzp'ers en de speelruimte voor een 'vennootschappelijke' oplossing	18
4.1 <i>Over de vorming van besloten netwerken van zzp'ers</i>	18
4.2 <i>Omtrent het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip</i>	19
4.3 <i>Het netwerk met rechtspersoonlijkheid: de coöperatie</i>	20
4.4 <i>Het netwerk zonder rechtspersoonlijkheid: de vof of de maatschap</i>	22
4.5 <i>Enkele afsluitende bespiegelingen over de drijfveren voor en toekomstgerichte aspecten van het werken in netwerken</i>	24
5. Afsluitend: de antwoorden op de vijf in de opdracht gestelde vragen	25

1. Vraagstelling en aanpak

1.1 De vraagstelling

De Tweede Kamer heeft in december 2016 ingestemd met het voorstel van de vaste commissie voor Economische Zaken om drie wetenschappers elk een *position paper* te laten schrijven over de stand van het denken in hun vakgebied over het passend zijn en de houdbaarheid van de Mededingingswet in relatie tot de (groei van het aantal) zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers). Dit *paper* betreft één van deze drie *position papers*. De invalshoek van dit *paper* is arbeidsrechtelijk van aard.

De opdracht gaf de volgende schets van de problematiek. Er werken steeds meer mensen als zelfstandig ondernemer (zzp'er). Omdat zij als ondernemer worden beschouwd, staat het kartelverbod in de weg aan het onderling maken van prijsafspraken. Gezien het hoge aantal zzp'ers en de kleine groep van grote opdrachtgevers zijn sommige zzp'ers niet in staat hun tarieven te bepalen. Tegelijkertijd groeit de *gig economy*: een op-verzoek economie met kortlopende klussen op basis van flexibele inzetbaarheid. Het kartelverbod lijkt de positie van de zzp'ers te verzwakken en die van de opdrachtgever te versterken. Opdrachtgevers van zzp'ers kunnen deze zzp'ers tegen elkaar uitspelen. De vraag is gerezen of de Mededingingswet nog past in het huidige bedrijvenlandschap. In de brief van de Minister van Economische Zaken d.d. 10 oktober 2016 (Kamerstuk 24 036, nr. 415) stelt de minister dat volgens de Autoriteit Consument & Markt (ACM) de Mededingingswet juridisch weinig ruimte laat voor het collectief onderhandelen van tarieven tussen zelfstandige ondernemers. In andere Europese landen mogen zzp'ers onderling prijsafspraken maken. Er is blijkbaar ruimte in de EU-regelgeving om van artikel 6 (kartelverbod) van de Mededingingswet (afgeleid van artikel 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, hierna: VWEU) af te wijken.

In 2008-2009 heeft de Tweede Kamer een initiatiefwetsvoorstel behandeld en aangenomen van de leden Ten Hoopen, Aptroot en Vos (Kamerstukken 31 531) houdende een wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken (versterking positie leveranciers uit het midden- en kleinbedrijf) over de verruiming van de bagatelregeling van 5% naar 10% van de relevante markt. De meeste zzp'ers zullen die 10% nooit halen en zouden daarom gebruik kunnen maken van deze uitzondering op het kartelverbod. Meer in het bijzonder luidde het verzoek antwoorden te geven op de volgende vijf vragen:

- Is de mededingingswet wel actueel genoeg voor de huidige machtsverhoudingen, vooral voor zzp'ers en hun onderhandelingsmacht?
- 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?
- Zijn er andere oplossingen mogelijk?
- Waarom wordt er geen gebruik gemaakt van de bagatelregeling van 10%?
- Hoeveel ruimte is er in EU-verband om van het kartelverbod af te wijken?

1.2 De aanpak

De arbeidsrechtelijke literatuur gaat nauwelijks met meer diepgang in op de positie van de zelfstandige op het terrein van het mededingingsrecht.¹ Dat is niet verwonderlijk. De positie van de zzp'er is als zodanig in arbeidsrechtelijke kringen voorwerp van onderzoek, maar het mededingingsrecht is – evenals

¹ Een inmiddels al weer meer dan tien jaar geleden verschenen uitzondering is de dissertatie van Wirtz uit 2006. M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht* (diss. Utrecht), Monografieën Sociaal recht, Deel 39, Deventer: Kluwer 2006.

het arbeidsrecht – een gespecialiseerd rechtsgebied met een eigen complexiteit en dynamiek. Deze constatering is van toepassing op het wetenschappelijk debat, maar geldt ook voor de praktijk.

Daar komt bij dat het Europese Hof van Justitie (HvJ) in het verleden vanwege de verwezenlijking van de met cao's nagestreefde doelstellingen van sociale politiek heeft geoordeeld dat cao-afspraken betreffende werknemers die het mededingingsrecht beperken zijn toegestaan. Zolang men met werknemers van doen heeft, blijft het mededingingsrecht derhalve buiten de arbeidsrechtelijke deur.

De toenemende hoeveelheid zzp'ers zorgt eerst recent (weer) voor een doelgroep die zowel voor het arbeidsrecht als voor het mededingingsrecht belangwekkende vraagstukken oplevert.² Het is niet onlogisch dat deze 'overlap' eerst na verloop van tijd voert tot een situatie waarin personen die werkzaam zijn binnen een van beide rechtsgebieden zich in voldoende mate thuis voelen in het rechtsgebied dat zij niet direct zelf tot het eigen specialisme rekenen. Gelet op de inhoud van de gestelde vragen buigt dit *paper* zich ook over de mededingingsrechtelijke kant van de materie. Dit geschiedt echter met de blik van een op mededingingsrechtelijk terrein relatieve buitenstaander.

Het onderzoek speelt zich voor wat betreft de arbeidsrechtelijke invalshoek af tegen de achtergrond van het *FNV Kiem*-arrest van HvJ van 4 december 2014. Uit het *FNV Kiem*-arrest blijkt dat afspraken tussen zzp'ers die zich niet in een met werknemers vergelijkbare situatie bevinden, in beginsel mededingingsrechtelijk verboden zijn. Het *paper* bespreekt in par. 2 dit arrest op hoofdlijnen.

De discussie verplaatst zich vervolgens naar de vraag wat wel (voor het mededingingsrecht) aanvaardbaar is. Er zijn, meen ik, in beginsel twee soorten denkrichtingen.

Eerst komt de vraag ter sprake welke speelruimte het mededingingsrecht voor afspraken tussen zzp'ers zelf (toch nog) biedt. De Nederlandse bagatelvrijstelling komt aan de orde, alsmede enige verwante en relevante communautaire regelingen/bekendmakingen. Het *paper* geeft antwoord op de vraag waarom sprake lijkt te zijn van een gebrek aan interesse voor de verruiming van de bagatelbepaling in art. 7 (lid 2) Mededingingswet (Mw). De vraag luidt voorts of afspraken tussen zzp'ers over tarieven die onder de bagatelvrijstelling vallen, inderdaad met een voldoende mate van zekerheid mededingingsrechtelijk geoorloofd zijn (te maken). Deze vraag naar de speelruimte voor een mededingingsrechtelijke oplossing komt ter sprake in par. 3.

Men kan de problematiek ook van een andere kant benaderen en de mededingingsrechtelijke status quo als een gegeven aanvaarden. Het gaat het er dan om te bezien of het mogelijk is de klippen die het mededingingsrecht stelt te omzeilen. Ik doel niet op de optie van het door de opdrachtgever aanbieden van een arbeidsovereenkomst aan de zzp'er. In het licht van de vraagstelling behoeft deze mogelijkheid in dit *paper* geen nadere bespreking. Ik doel op het aangaan van een samenwerkingsverband tussen zzp'ers op een wijze die het mededingingsrecht als een onderneming beschouwt. Indien een samenwerkingsverband als onderneming fungeert, dan heeft dit tot effect dat de bij dit verband aangesloten leden/partners onderling prijsafspraken kunnen maken en (minimum)tarieven kunnen afspreken. Dit *paper* brengt de denkbare vormen van samenwerkingsverbanden onder de noemer van het verzamelbegrip 'netwerk'. Het als onderneming fungeren eist dat het netwerk een besloten karakter heeft. Het gaat dus steeds om een besloten netwerk

² In het arbeidsrecht speelt vooral het thema van de afbakening van de arbeidsovereenkomst ten opzichte van het debiet van de overeenkomst van opdracht. Het betreft definitiekwesties (denk aan de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties en de onrust rondom deze Wet DBA), maar ook de vraag naar het al of niet naar analogie op de opdrachtovereenkomst van toepassing zijn van arbeidsrechtelijke regelgeving (zoals ook aan de orde was in het *FNV Kiem*-arrest). Zo moest de rechter in 2015 oordelen over een stakingsrecht voor zzp'ers. De rechter overwoog dat artikel 6 aanhef en onder 4 Europees Sociaal Handvest (ESH) niet is geschreven voor zelfstandige ondernemers. Onder verwijzing naar het *FNV Kiem*-arrest van het HvJ EU van december 2014 stelde de rechter dat dit uitzondering zou kunnen leiden wanneer de groep in werkelijkheid schijnzelfstandigen waren. Rb. Midden-Nederland 20 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373 en *JAR* 2015/202 (*PostNL*).

van zzp'ers. De vraag naar de speelruimte voor een vennootschappelijke oplossing komt aan de orde in par. 4.

Het *paper* richt zich in par. 5 nog weer specifiek op de vijf gestelde vragen en concentreert zich bij het geven van antwoorden op de gevonden oplossingen.

Er is geen onderzoek verricht naar de precieze aard en omvang van de in de opdracht genoemde problematiek. De aanname is dat de in de vraagstelling geschetste situaties zich inderdaad voordoen. Het ligt daarbij voor de hand dat het in een aantal gevallen zal voorkomen dat de zzp'er het als eenling in onderhandelingen over tarieven met grotere bedrijven aflegt tegen de (aanzienlijk) grotere marktmacht van het bedrijf.

Er is, mede gelet op de korte doorlooptijd van dit project, geen onderzoek gedaan naar de situatie (lokale regelgeving en praktijk) in andere EU-lidstaten. Ik plaats bij deze vaststelling drie kanttekeningen. Het communautaire mededingingsrecht laat de lidstaten in de eerste plaats weinig eigen speelruimte. Het thema van de effecten van de '*gig economy*' op de arbeidsmarkt speelt voorts overal. En ten derde: ons land loopt qua aantallen zzp'ers in de voorste linies. Het Centraal Planbureau gaf in 2016 aan dat Nederlandse wetten en regels een speelveld hebben gecreëerd waarop het ene type contract goedkoper en/of minder risicovol is dan het andere.³ Dit geldt in zekere mate voor alle EU-lidstaten, maar Nederland scoort (naar de stand van zaken in 2013) op een belangrijk punt als het ontslagrecht betreffende de ontslagbescherming van werknemers in vaste dienstverbanden bij individueel ontslag op Portugal na het hoogst van de OESO-landen. Neemt men individueel en collectief ontslag samen, dan staan we met België en Denemarken bovenaan.⁴

Hetgeen hieronder volgt is niet het resultaat van empirisch onderzoek. Er zijn geen interviews afgenomen.

De mededingingsrechtelijke regelgeving verwijst voor wat verboden handelingen naar *de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging*. Ik spreek verkort over *afspraken* en doel daarmee op hetzelfde drieluik.

2. Het FNV/Kiem-arrest op hoofdlijnen en voorzien van enige kanttekeningen

2.1 Het FNV Kiem-arrest van het HvJ van 4 december 2014

Op 4 december 2014 oordeelde het HvJ in een procedure tussen FNV KIEM en de Staat der Nederlanden over een voor het toenemend aantal zzp'ers belangrijk thema: de vraag of zelfstandigen

³ CPB Policy Brief 2016/4, Flexibiliteit op de arbeidsmarkt, p. 15.

⁴ CBS en TNO, *Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt*, 2015, p. 132 e.v. Uit onderzoek van Muselaers, Van Vuuren en Ter Weel in 2015 blijkt dat wij ruim boven het gemiddelde van 25% flexibel in de EU zitten. Nederland is koploper met landen als Griekenland en Italië – die vooral een groot deel zzp'ers hebben – en Polen en Spanje – waar men vooral een groot aandeel flexibele arbeidsrelaties aantreft – en Portugal en Cyprus. Nergens is de toename van de omvang van de flexibele schil zo groot als in Nederland. Zie N. Muselaers, D. van Vuuren en B. ter Weel, Accepteer een flexibele arbeidsmarkt – en pas instituties aan, in: *De flexibele arbeidsmarkt in beweging* (congresbundel Nationaal Arbeidsrecht Congres 2015⁷), Den Haag: Sdu 2016, p. 9-27. De in 2015 in werking getreden Wet werk en zekerheid (Wwz) heeft het vaste dienstverband sindsdien zelfs nog iets vaster gemaakt. Zie A.R. Houweling, M.J.M.T Keulaerds, P. Kruit, VAAN – VvA Evaluatieonderzoek WWZ 2016, Den Haag: Boom 2016, p. 24/25.

(zonder personeel) via een cao afspraken kunnen maken over te hanteren tarieven.⁵ Het verzoek om een prejudiciële beslissing speelde naar aanleiding van het feit dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (de NMa, voorganger van de ACM) zich op het standpunt had gesteld dat de bepaling in een cao inzake minimumtarieven voor zelfstandigen niet buiten de werkingssfeer van art. 101 lid 1 VWEU valt.⁶ Het ging om een zuiver interne ‘Nederlandse’ kwestie zonder invloed op de handel tussen de lidstaten. Bijgevolg was art. 101 VWEU niet rechtstreeks van toepassing. Artikel 6 lid 1 Mededingingswet (Mw) geeft evenwel, zo overwoog het HvJ, de wezenlijke inhoud van art. 101 VWEU weer en dat maakte het HvJ bevoegd.

Het HvJ bracht in herinnering dat volgens vaste rechtspraak een zekere mededingingsbeperkende werking eigen is aan een cao. De verwezenlijking van de met dergelijke overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek zou ernstig worden belemmerd indien de sociale partners bij hun inspanning de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren, zich aan art. 101 VWEU moeten houden. Overeenkomsten die in het kader van collectieve onderhandelingen ter verwezenlijking van dergelijke doelstellingen tussen sociale partners worden gesloten, moeten wegens hun aard en doel worden geacht niet onder art. 101 lid 1 VWEU te vallen.⁷ Voor zover een vakbond zelfstandigen organiseert en namens hen een cao aangaat, treedt deze bond evenwel niet op als vakvereniging, maar als ondernemersvereniging. Het VWEU bevat, aldus het HvJ, geen bepalingen die zelfstandigen aanmoedigen een sociale dialoog in gang te zetten met de ‘werkgevers’ waarbij zij diensten verrichten op basis van een overeenkomst van opdracht. Zo’n cao valt derhalve niet buiten de werkingssfeer van art. 101 VWEU. Dit ligt in de visie van het HvJ slechts anders bij schijnzelfstandigen. Dat zijn in de woorden van het HvJ ‘dienstverleners wier situatie vergelijkbaar is met die van werknemers’.⁸ Het HvJ voegde er aan toe dat ‘echte’ ondernemingen zich tijdens de duur van de contractuele verhouding niet in een ondergeschiktheidsrelatie bevinden en dus, vergeleken met

⁵ HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, *JAR* 2015/19 m.nt. Stege, *NJ* 2015/205 m.nt. Mok (*FNV Kiem*). Het arrest is voorts onder meer besproken door E.F. Grosheide, Europa’s spagaat: vrije mededinging versus werknemersbescherming, *TAO* 2014, p. 143-146, A.P.C.M. Jaspers, Grenzen aan sociale concurrentie bij vrij verkeer van diensten en bij mededinging, *ArA* 2015/2, p. 36-71, G.C. Boot, Schijnzelfstandigen: de rekenaar, de wetgever en de rechter, *TRA* 2016/44, K. Boonstra, Onderhandelen voor afhankelijke zelfstandigen, de lessen van het arrest C-413/13 FNV Kiem/de Staat der Nederlanden, *ArbeidsRecht* 2016/43 en A. Stege, De cao en bepalingen die betrekking hebben op zzp’ers, *ArbeidsRecht* 2016/44. Het vervolg van de zaak is te vinden in Hof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305, *JAR* 2015/242 (*FNV Kiem*).

⁶ Nederlandse Mededingingsautoriteit, Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet, Visiedocument van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Den Haag, december 2007. Zie daarover M.S.A. Vegter, De Nma en de kleine zelfstandige, *Ter Visie*, *SR* 2008, p. 39.

⁷ Met verwijzing naar HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*), HvJ EG 21 september 1999, C-115/97-C 117/97, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjes*), HvJ EG 21 september 1999, C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437 (*Drijvende Bokken*) en HvJ EG 12 september 2000, C-180/98 tot C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavlov*). Vergelijk onder andere over deze arresten A. Stege, Het recht op collectief onderhandelen en het mededingingsrecht, *Ondernemingsrecht* 2001, p. 391 e.v.

⁸ Koot-Van der Putte maakte in 2011 een soortgelijk onderscheid tussen ‘echte’ zelfstandigen en schijnzelfstandigen. Als tussen de zzp’er en een collega die op basis van een arbeidsovereenkomst werkt de facto geen verschil bestond, was sprake van schijnzelfstandigheid en leek het haar wenselijk voor deze schijnzelfstandige ook in de cao een voorziening te treffen. Enerzijds droeg deze aanpak bij aan het beschermen van de cao als zodanig, het voorkomen van een *race to the bottom* en concurrentie op arbeidsvoorwaarden in vooral de laagste loonschalen. Aan de andere kant zou bescherming worden geboden aan de zzp’er die in een vergelijkbare positie verkeerde met de werknemer. Zie E. Koot-van der Putte, *Zzp’ers en de cao: mogelijk en wenselijk?*, in: A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Reeks vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 39, Deventer: Kluwer 2011, p. 59-77. Tevens E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, Monografieën Sociaal recht, Deel 42, tweede druk, Deventer: Kluwer 2015, p. 106 e.v.

werknemers die hetzelfde werk verrichten, over meer zelfstandigheid en flexibiliteit beschikken ten aanzien van de tijd, de plaats en de wijze van uitvoering van de taken.

Het HvJ ging voorts in op het communautaire werknemersbegrip. Een dienstverlener kan zijn hoedanigheid van zelfstandige marktdeelnemer, en dus van ondernemer, verliezen, wanneer hij niet zelfstandig zijn marktgedrag bepaalt maar volledig afhankelijk is van zijn opdrachtgever, doordat hij geen van de uit de werkzaamheid van deze laatste voortvloeiende financiële en commerciële risico's draagt en werkzaam is als in de onderneming van bedoelde opdrachtgever opgenomen medewerker. Het begrip 'werknemer' moet gedefinieerd worden aan de hand van objectieve criteria die kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding, rekening houdend met de rechten en verplichtingen van de betrokken personen. Het hoofdkenmerk van deze verhouding is gelegen in de omstandigheid dat een persoon gedurende bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag tegen beloning prestaties verricht.⁹

De kwalificatie 'zelfstandige' naar nationaal recht sluit niet uit dat een persoon moet worden aangemerkt als 'werknemer' in de zin van het recht van de Unie, indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is en dus een echte arbeidsverhouding verhult.¹⁰ Aan de status van werknemer onder Unierecht wordt niet afgedaan door het feit dat een persoon naar nationaal recht op fiscale, administratieve of bureaucratische gronden als zelfstandige is aangeworven, voor zover die persoon onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en 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.¹¹

Het recht van de Unie moet in de visie van het HvJ aldus worden uitgelegd dat de bepaling in een cao die minimumtarieven vastlegt voor zelfstandigen – leden van de betrokken bonden – die voor een werkgever op basis van een overeenkomst van opdracht hetzelfde werk doen als werknemers in loondienst van die werkgever, slechts buiten de werkingssfeer van art. 101 lid 1 VWEU valt indien die dienstverleners 'schijnzelfstandigen' zijn, dat wil zeggen dienstverleners die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van die werknemers.

2.2 Enige kanttekeningen bij het FNV Kiem-arrest

Het HvJ overwoog met recht dat art. 6 lid 1 Mw de wezenlijke inhoud van art. 101 VWEU weergeeft. Het in het in het *FNV Kiem*-arrest bedoelde Visiedocument van de NMa (thans ACM) van december 2007 stelt met zoveel woorden dat de respectievelijke begrippen "overeenkomst", "onderneming", "ondernemersvereniging" en "onderling afgestemde feitelijke gedragingen" in de Mededingingswet op dezelfde wijze moeten worden geïnterpreteerd als de gelijkkluidende begrippen in artikel 81, eerste lid, EG Verdrag (thans art. 101 VWEU). Met het zoveel mogelijk overnemen van de formuleringen van het communautaire mededingingsrecht heeft de wetgever beoogd dat de toepassing van de Mededingingswet in belangrijke mate wordt beïnvloed door de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en door de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Uitgangspunt is daarbij, dat de mededingingswet niet strenger en niet soepeler zal zijn dan de EU-mededingingsregels.¹² Bij het

⁹ Onder verwijzing naar, meest recent, HvJ EU 10 september 2014, C-270/13, EU:C:2014:2185, *JAR* 2014/245 (*Haralambidis*), punt 28. In *Haralambidis* leest men voorts in punt 28 dat het moet gaan om reëel en daadwerkelijk verrichte arbeid.

¹⁰ Eerder in die zin HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01, ECLI:NL:XX:2004:AO5932, *JAR* 2004/70 m.nt. Vegter (*Allonby*), punt 71.

¹¹ Onder verwijzing naar *Allonby*, punt 72, HvJ EG 14 december 1989, C-3/87, EU:C:1989:650 (*Agegate*), punt 36, en HvJ EG 16 september 1999, C-22/98, EU:C:1999:419 (*Becu e.a.*), punt 26.

¹² Zie *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 10. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 639, nr. 3, p. 3, stelt met zoveel woorden dat de Mededingingswet als het ware het gehele normenkader van de Europese regelgeving en praktijk in het nationale recht heeft geïncorporeerd. Vergelijk nog E. Koot-van der Putte, *Zzp'ers en de cao:*

nadenken over de positie van de zzp'er in het kader van het mededingingsrecht bevinden wij ons op nationaal niveau niet in het vrije veld.

Het gaat bij de werknemer om degene die reële en daadwerkelijke arbeid verricht. Kenmerkend is het gedurende bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties verrichten tegen beloning.¹³ Dit communautaire werknemersbegrip bepaalt voor wat betreft de definitie van het zijn van 'werknemer' het speelveld. Een oprekken van deze definitie zou voor de toepassing van het mededingingsrecht geen effect hebben. De hieronder door mij voorgestelde oplossingen gaan er van uit dat men op nationaal niveau de zzp'er die zonder schijn 'echt' zelfstandig is niet het etiket van werknemer kan geven met als doel zo buiten het bereik van het mededingingsrecht te geraken.¹⁴ De rechter kan natuurlijk wel de zzp'er zonder (voldoende) zelfstandigheid als werknemer beschouwen.¹⁵

Het HvJ overwoog voorts dat een vakbond die zelfstandigen organiseert en namens hen een cao aangaat, als ondernemersvereniging optreedt. Art. 1 lid 1 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (WCAO) verstaat onder de cao 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. Het tweede lid van art. 1 WCAO stelt dat de cao ook aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht kan betreffen. Hetgeen in de WCAO omtrent arbeidsovereenkomsten, werkgevers en werknemers is bepaald, vindt dan overeenkomstige toepassing.

De WCAO gaat er derhalve van uit dat de partij die namens zelfstandigen met een opdrachtgever of met een vereniging van opdrachtgevers een cao sluit met betrekking tot voorwaarden die bij een overeenkomst van opdracht in acht moeten worden genomen, als vakbond valt te duiden. Zo gezien treedt een vakbond die zelfstandigen organiseert en namens hen een cao aangaat, als ondernemersvereniging op voor de toepassing van het mededingingsrecht en als vakbond voor de toepassing van de WCAO. De zzp'er zorgt ervoor dat de grens tussen het zijn van een vakbond en het zijn van een ondernemersvereniging vervaagt. Men is het allebei.

Een cao voor ('echte') zelfstandigen kan op grond van *FNV Kiem* niet door de mededingingsrechtelijke beugel. Het is voor vakbonden niet mogelijk via cao's of anderszins met werkgevers of

mogelijk en wenselijk?, in: A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Reeks vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 39, Deventer: Kluwer 2011, p. 59-77.

¹³ Zie over het communautaire werknemersbegrip eerder onder andere HvJ EG 17 juli 2008, C-94/07, ECLI:NL:XX:2008:BD9659 en JAR 2008/209 (*Raccanelli/Max-Planck-Gesellschaft*).

¹⁴ In het in het *FNV Kiem*-arrest bedoelde Visiedocument van de NMa uit december 2007 was de NMa overigens van oordeel dat de Nederlandse (holistische) benadering van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst en daarmee van de kwalificatie als werknemer (als verwoord in HR 14 november 1997, JAR 1997/263 (*Groen/Schoevers*)) strookt met de toepassing van de Europeesrechtelijke werknemers- en ondernemingsbegrippen, waarin de economische en feitelijke realiteit vooropstaan en niet een enkele nationaalrechtelijke benaming of de enkele tekst van een contract. Dit standpunt van de NMa uit 2007 lijkt mij juist. Ik acht het ook bepaald gelukkig dat ons land op dit punt een zelfde benadering heeft aanvaard. Ik bedoel met deze benadering: niet alleen kijken naar wat is afgesproken, maar ook op basis van alle omstandigheden van het geval kijken naar hoe aan de overeenkomst uitvoering is of wordt gegeven.

¹⁵ Het thema van de schijnzelfstandigheid vormt verder in dit *paper* geen voorwerp van onderzoek. Ik merk wel op dat het niet verstandig zou zijn om te trachten tussen de zelfstandige en de werknemer qua regelgeving een tussencategorie te laten ontstaan. Het is nu voor de rechtspraak al lastig genoeg om de opdrachtovereenkomst te onderscheiden van de arbeidsovereenkomst. Bovendien is in mededingingsrechtelijke zin sprake van een 'harde knip': de schijnzelfstandige wordt net als de werknemer beschouwd als werknemer en de 'echte' zelfstandige wordt beschouwd als ondernemer.

werkgeversorganisaties afspraken te maken over minimumtarieven voor (de inzet van) zzp'ers.¹⁶ Bij het maken van dergelijke mededingingsrechtelijk verboden cao-afspraken beschouwt het mededingingsrecht de vakbonden als een ondernemersorganisatie. Daarmee is de weg vrij voor het ook aan vakbonden (als ondernemersorganisatie) zelf opleggen van sancties (boetes) wegens het overtreden van het kartelverbod.¹⁷

3. Afspraken tussen zzp'ers en de ruimte voor een 'mededingingsrechtelijke' oplossing

3.1 De bagatelvrijstelling van art. 7 Mededingingswet

3.1.1 De regelgeving en het (beperkte) effect van art. 7 lid 2 Mw

Art. 7 Mw bevat de zogenaamde 'bagatelvrijstelling'. Het kartelverbod van art. 6 Mw geldt, zoals art. 7 Mw aangeeft, niet voor afspraken tussen ondernemingen die van ondergeschikte betekenis zijn. De afspraken moeten dan wel voldoen aan de voorwaarden die art. 7 Mw stelt.¹⁸

Art. 7 lid 1 Mw kent als voorwaarden dat bij de afspraken niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn en de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar van de bij de afspraken betrokken ondernemingen niet hoger is dan € 5,5 miljoen, indien daarbij uitsluitend ondernemingen zijn betrokken wier activiteiten zich in hoofdzaak richten op het leveren van goederen en € 1,1 miljoen in alle andere gevallen.

Art. 7 lid 2 Mw verruimt sinds 3 december 2011 de bagatelvrijstelling tot afspraken voor zover daarbij ondernemingen betrokken zijn die daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op een of meer van de relevante markten indien het gezamenlijk marktaandeel van de bij de afspraken betrokken ondernemingen op geen van de relevante markten waarop de afspraken van invloed zijn, groter is dan 10%, en de afspraken de handel tussen de lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden.¹⁹

Is er sprake van een (potentieel) effect op de handel tussen de lidstaten, dan geldt de vrijstelling in art. 7 lid 2 Mw niet. De reden is dat in een dergelijk geval de afspraak onder het Europese kartelverbod valt (art. 101 VWEU). De Mededingingswet kan geen regelingen treffen die meer ruimte bieden voor het beperken van de mededinging dan EU-recht toestaat. Nationale (mededingings)bepalingen mogen aan het Europese kartelverbod geen afbreuk doen en dit niet doorkruisen. Deze norm heeft rechtstreekse werking en voorrang boven de nationale mededingingsbepalingen. Art. 3 lid 1 Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (thans art. 101 VWEU en art. 102 VWEU) schrijft voor dat de ACM en de rechter wanneer zij het nationale mededingingsrecht toepassen, daarnaast het Europese mededingingsrecht toepassen telkens wanneer de afspraak de handel tussen de lidstaten kan

¹⁶ In die zin ook bijvoorbeeld A. Stege, De cao en bepalingen die betrekking hebben op zzp'ers, *Arbeidsrecht* 2016/44.

¹⁷ CAO-bepalingen over tarieven voor zzp'ers kunnen (dan ook) niet op algemeen verbindend verklaring rekenen. Zie het antwoord van de Minister van Economische Zaken op Kamervragen in diens brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 18 april 2016 (DGETM-MC/16027197), p. 3.

¹⁸ De bagatelvrijstelling is niet, zoals de in de tekst nog te bespreken de-minimisregeling van de Europese Commissie, een uitwerking van het merkbaarheidsvereiste en daarmee van de reikwijdte van het verbod van mededingingsafspraken. De bagatelvrijstelling heeft betrekking op mededingingsafspraken die weliswaar onder het kartelverbod vallen, maar die niettemin uit een oogpunt van mededinging van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn. Het gaat bij de bagatelvrijstelling bovendien niet om een bekendmaking van beleidsregels, zoals bij de de-minimisregeling van de Europese Commissie, maar om een vrijstelling van mededingingsafspraken die liggen beneden bepaalde grenzen met betrekking tot het aantal en de gezamenlijke omzet van de bij een afspraak betrokken ondernemingen. Aldus *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 15.

¹⁹ Wet van 24 november 2011, houdende wijziging van de mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken (versterking positie leveranciers uit het MKB), *Stb.* 2011, 569.

beïnvloeden.²⁰ Dit impliceert dat een nationaal kartelverbod niet soepeler mag zijn dan het Europese equivalent.

Tijdens het wetgevingsproces ontstond discussie over de vraag of het voorgestelde tweede lid van art. 7 Mw strijdig was met de notie dat lidstaten geen maatregelen, ook niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, die het nuttig effect van de doelstellingen van de EU in gevaar brengen (de regel van Unie-trouw als neergelegd in art. 4 lid 3 VEU²¹). Er volgde een briefwisseling met de Europese Commissie. De Commissie nam net als de betrokken minister het standpunt in dat het wetsvoorstel voor onzekerheid bij bedrijven kon zorgen. Het punt van de conformiteit met het Europese mededingingsrecht is vervolgens opgelost door de toevoeging dat de vrijstelling niet opgaat voor afspraken die de handel tussen de lidstaten op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden.²²

Drijber stelde in 2012 dat de extra ruimte van art. 7 lid 2 Mw aldus gering is. De verruiming ziet slechts op afspraken tussen ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel tussen de 5% en 10%, mits die de handel niet kunnen beïnvloeden. Er was in zijn visie altijd wel een reden te bedenken waarom de interstatelijke handel kan worden beïnvloed als een overeenkomst niet binnen de door de Commissie geformuleerde *safe harbour* valt (5% marktaandeel en € 40 miljoen jaaromzet, zie hierna par. 3.1.2). Drijber meende dat er met de introductie van art. 7 lid 2 Mw vrij weinig veranderde (ons land bleef ‘netjes in de pas lopen’).²³

Het EU-kartelverbod is niet alleen van toepassing op afspraken die onder art. 7 lid 2 Mw zouden zijn vrijgesteld. Deze toepasselijkheid geldt ook voor het bepaalde in art. 7 lid 1 Mw. Er is geen absolute zekerheid dat een afspraak over tarieven de handel tussen de lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden. Wiggers merkt op dat de bagatelvrijstelling in art. 7 lid 1 Mw niet waterdicht is en dat niet valt uit te sluiten dat het totale marktaandeel van de partijen op de relevante markt de 5% overstijgt die de Europese Commissie aanhoudt als bovengrens voor een niet merkbaar kunnen beïnvloeden van de interstatelijke handel.²⁴

De volgende paragraaf gaat in op de vraag wanneer een afspraak de handel tussen de lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden (par. 3.1.2). Vervolgens komt het belangrijke vraagstuk van de ‘relevante markt’ aan de orde (par. 3.1.3).

²⁰ Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb L 1/1 van 4.1.2003.

²¹ Art. 4 lid 3 VEU verplicht de lidstaten geen maatregelen, ook niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, te nemen of te handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Dit doet zich in de visie van het HvJ voor wanneer een lidstaat de totstandkoming van met art. 101 VWEU strijdige mededingingsregelingen oplegt of stimuleert dan wel de werking ervan versterkt of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen. Vergelijk bijvoorbeeld HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*), punt 65 en HvJ 9 september 2003, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 (*CIF*), punten 45 en 46.

²² Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 31 531, nr. 18 met als bijlagen de brief van EZ aan de Europese Commissie van 16 juli 2010 en de reactie van Europese Commissie van 9 september 2010.

²³ B.J. Drijber, Bagatelbepaling in de mededingingswet toch verruimd, *Ondernemingsrecht* 2012/56. In dezelfde zin M. Ph. M. Wiggers, De NMa en de NZa in de curatieve zorgsector (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013, p. 110-111. Beide auteurs leggen uit dat de route via art. 4 lid 3 VEU noodzakelijk was om te verhinderen dat de Nederlandse wetgever een wettelijke regeling vaststelde die zou kunnen indruisen tegen art. 3 lid 1 Verordening 1/2003.

²⁴ Zie Wiggers t.a.p., p. 106-107.

3.1.2 Omtrent de vraag wanneer een afspraak een potentieel effect op de handel tussen de lidstaten heeft: de Richtsnoeren van 2004

De Europese Commissie heeft in 2004 de Richtsnoeren betreffende het begrip ‘beïnvloeding van de handel’ bekend gemaakt.²⁵ De Commissie geeft aan dat de marktpositie van de betrokken ondernemingen en hun omzet aanwijzingen geven voor het vermogen van een afspraak om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden (punt 47 van de Richtsnoeren). De Commissie overweegt dat het mogelijk is aan te geven wanneer de handel normaal gesproken niet kan worden beïnvloed en dat het passend is algemene beginselen vast te stellen. De Commissie duidt de norm waarin wordt omschreven wanneer van merkbare beïnvloeding geen sprake is als de ‘geen “merkbaar-effect” op de handel-regel’. Het gaat daarbij om een weerlegbaar negatief vermoeden ongeacht de aard van de in de afspraken vervatte beperkingen (ook die welke als *hardcore* te boek staan, zoals bijvoorbeeld tariefafspraken). De cumulatieve criteria luiden: (i) het totale marktaandeel op de relevante markten bedraagt niet meer dan 5%, en (ii) in het geval van horizontale afspraken bedraagt voor de onder de afspraak vallende producten de communautaire jaaromzet niet meer dan € 40 miljoen (punt 52 van de Richtsnoeren). Wanneer de betrokken ondernemingen te goeder trouw aannemen dat een afspraak door dit negatief vermoeden is gedekt, zal de Commissie geen geldboete opleggen (punt 50 van de Richtsnoeren).

Op de website van de ACM treft men in een korte notitie over de Nederlandse bagatelvrijstelling het standpunt dat de ACM de kwantitatieve aannames voor situaties waarin normaal gesproken geen sprake zal zijn van een merkbaar effect op de handel tussen de lidstaten uit de Richtsnoeren van de Commissie toepast. Ook de ACM geeft aan dat de kwantitatieve aannames weerlegbaar zijn. Het is dus mogelijk dat de feiten in bepaalde specifieke gevallen aantonen dat, ondanks dat een afspraak binnen bovengenoemde kwantitatieve grenzen valt, de afspraak toch een mogelijk merkbaar effect op de handel tussen de lidstaten heeft.

3.1.3 Omtrent de ‘relevante markt’ als bedoeld in art. 7 lid 2 Mw

Art. 7 lid 2 Mw geeft op het punt van het voor de vrijstelling maximaal aanvaardbare marktaandeel een helder percentage (10%), maar verschaft geen duidelijkheid over het antwoord op de vraag van welke markt het percentage van 10% moet worden afgeleid. 10% is duidelijk, maar 10% van wat? Het gaat om het kunnen bepalen van de ‘relevante markt’. Pas als er zekerheid is over wat 100% van de (relevante) markt is, kan men uitrekenen of men onder de grens van 10% van deze markt blijft.

De Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht van 1997 geeft antwoord op de vraag hoe men het marktbegrip moet benaderen.²⁶ De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen. Bij het vaststellen van de productmarkt wordt er gekeken of er sprake is van een mogelijkheid tot vervanging van producten door andere producten. Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.

De bekendmaking bevat nog meer tekst, maar ook daarvoor geldt dat affiniteit met het onderwerp voor het begrip van wat er staat welhaast onontbeerlijk is. Ik ben er niet zeker van dat de gemiddelde zpp'er voldoende affiniteit heeft.

²⁵ Richtsnoeren betreffende het begrip ‘beïnvloeding van de handel’ in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, 2004/C 101/07, Pb van 27.4.2004.

²⁶ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 97/C 372/03, Pb van 9 december 1997. Vergelijk Wirtz t.a.p., p. 157/160.

Op de website van de ACM treft men een korte notitie over de bagatelvrijstelling met de volgende tekst omtrent de duiding van de relevante markt.

Om de vraag te beantwoorden of de bij de afspraak betrokken ondernemingen een gezamenlijk marktaandeel op de relevante markt hebben van niet meer dan 10%, moeten de betrokken partijen weten of inschatten wat hun gezamenlijke positie is op de markt waarop hun afspraak van invloed is, de zogenaamde 'relevante markt'. Indien er verschillende mogelijke relevante markten zijn en de betrokken partijen op geen van de mogelijke relevante markten een gezamenlijk marktaandeel hebben van meer dan 10%, wordt aan de voorwaarde voldaan. Omgekeerd geldt juist: indien de betrokken partijen op enige mogelijke relevante markt een gezamenlijk marktaandeel hebben van meer dan 10%, kan aan deze voorwaarde niet worden voldaan en is de bagatelvrijstelling van artikel 7 lid 2 Mw niet van toepassing. De bij de afspraak betrokken ondernemingen zullen dus goed in ogeschouw moeten nemen op welke markten zij actief zijn en willen samenwerken, en van welke andere, niet bij de overeenkomst betrokken ondernemingen zij concurrentie ondervinden. De relevante markt omvat de relevante productmarkt en de relevante geografische markt. De Bekendmaking van de Europese Commissie betreffende de bepaling van de relevante markt bevat aanwijzingen voor het bepalen van de relevante productmarkt, de geografische markt en het marktaandeel van betrokken ondernemingen op die markt. De ACM past deze Bekendmaking ook toe bij het bepalen van de relevante markt.

3.2 De de-minimisregeling van de Europese Commissie uit 2014

Ook op EU-niveau kennen wij een vorm van een bagatelbepaling. De door de Europese Commissie uitgevaardigde bagatelbekendmaking duidt men aan als 'de-minimisregeling'.²⁷ Deze de-minimisregeling uit (thans) 2014 kiest voor een aanpak waarbij aan de hand van marktaandeeldrempels wordt aangegeven in welke omstandigheden de Commissie vindt dat overeenkomsten die tot gevolg kunnen hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, geen merkbare beperking van de mededinging vormen.

Als men onder de drempel zit, wordt geen merkbare beperking aangenomen. Komt men boven de drempel uit, dan kan nog steeds sprake zijn van een te verwaarlozen invloed.

De de-minimisededeling bevat de volgende drempels: het gezamenlijk marktaandeel van de betrokken partijen bij de afspraak is op geen van de relevante markten waarop de afspraak van invloed is, groter dan 10% als het gaat om overeenkomsten tussen concurrenten op één of meer van deze markten, of 15% voor zover het niet gaat om concurrenten op één of meer van deze markten; als het lastig is om het concurrent zijn vast te stellen, geldt de 10% drempel.

Een belangrijk thema is het berekenen van het marktaandeel en daarmee het kunnen afbakenen van de relevante markt. De de-minimisregeling gaat daar op in. De relevante markt omvat de relevante productmarkt en de relevante geografische markt. Bij het afbakenen van de relevante markt moet rekening worden gehouden met de hierboven vermelde Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht van 9 december 1997.

En dan volgt een belangrijk punt: rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten zijn niet aan de (inhoud van de) mededeling van de Commissie gebonden.²⁸ De de-minimisregeling is wel bedoeld als

²⁷ Mededeling van de Commissie betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimisededeling), PB 2014, C 291/01, van 30 augustus 2014.

²⁸ Men ziet hier het verschil tussen de Nederlandse aanpak (de bagatelvrijstelling in de Mededingingswet is een 'drempel') en de Europese aanpak (de de-minimisregeling is een richtsnoer van de Europese Commissie en niet bindend voor de rechter). Vergelijk Wirtz t.a.p., p. 153 e.v.

leidraad voor deze instanties.²⁹ Het is dus niet zeker dat de de-minimisregeling in een voor de rechter gebracht geval het pleit beslecht.

Bovendien heeft de de-minimisregeling geen betrekking op afspraken die tot doel hebben de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. De de-minimisregeling sauveert slechts overeenkomsten die een merkbare beperking van de mededinging *tot gevolg kunnen hebben*.³⁰ Er bestaat geen vaste lijst van afspraken die de beperking van de mededinging tot doel hebben, maar de opvatting van de Commissie is vrij duidelijk. De de-minimisregeling geldt niet voor afspraken tussen concurrenten die direct of indirect ertoe strekken de prijzen bij verkoop van de producten aan derden vast te stellen, de productie of de verkoop te beperken of markten of afnemers te verdelen. Tariefafspraken tussen concurrenten zijn dus uit den boze ongeacht de vraag of de invloed op de relevante markt merkbaar is of verwaarloosbaar.³¹

De de-minimisregeling biedt de zzp'er die met andere zzp'ers tariefafspraken wil maken, geen soelaas.

3.3 *Enige kanttekeningen bij de mededingingsrechtelijke regelgeving in het licht van de positie van de zzp'er*

Tot het niveau dat de Richtsnoeren van de Commissie betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' aangeven heeft de Nederlandse wetgever enige (geringe) speelruimte om de zzp'er tegemoet te komen. Bij de zzp'er zal de marktpositie zwak zijn, de zzp'er is immers nog kleiner dan de kleine en middelgrote ondernemingen ('KMO's') waarvan de Commissie zelf in de Richtsnoeren al vindt dat deze normaal gesproken de handel tussen de lidstaten niet kunnen beïnvloeden. Bij de zzp'er zal het bedrag van de relevante jaaromzet op interstatelijk niveau verwaarloosbaar zijn.

De speelruimte die er is, vloeit voort uit de gedachte dat juist bij afspraken tussen de allerkleinste ondernemingen (de zzp'er met zijn eenmanszaak) de 'geen "merkbaar-effect" op de handel-regel' maakt dat Nederland binnen de EU niet uit de pas loopt als men tot op bepaalde hoogte zzp'ers onderling

²⁹ HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia*), punt 31: '...om te bepalen of een beperking van de mededinging al dan niet merkbaar is, de mededingingsautoriteit van een lidstaat rekening mag houden met de in punt 7 van de de-minimisbepending vastgestelde drempels, zonder evenwel verplicht te zijn om zich daaraan te houden. Dergelijke drempels vormen immers slechts enkele van de vele aanwijzingen die deze autoriteit in staat kunnen stellen om te bepalen of een beperking in het feitelijk kader van de overeenkomst al dan niet merkbaar is'.

³⁰ De 2014 Mededeling volgt het oordeel van het HvJ in het *Expedia*-arrest (punten 35-37). Het HvJ overwoog dat het overbodig is om met de concrete gevolgen van een overeenkomst rekening te houden wanneer blijkt dat deze overeenkomst tot doel heeft de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. Het HvJ stelde vast dat een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormt. De Europese Commissie heeft na *Expedia* in een persbericht aangegeven dat het oordeel van het HvJ in het *Expedia*-arrest 'has established that a restriction with an anticompetitive object constitutes, by its very nature, an appreciable restriction of competition'. Vergelijk W. Sauter, *Coherence in EU Competition Law*, Oxford Studies in European Law, Oxford University Press, 2016, p. 85: 'In EU law there is, therefore, no absolute threshold for antitrust infringements'. Zie ook Jones and Suffrin, *EU Competition Law, Text, Cases, and Materials*, sixth ed., Oxford University Press 2016, p. 214-217. Pinar Akman is kritisch in zijn commentaar: 'To suggest that an agreement where the parties have, for example, a 2% market share, has an appreciable effect on competition, provided that the agreement affects trade between Member States, is a conclusion detached from economic reality.' Pinar Akman, *The new shape of the de minimis defence for anti-competitive agreements*, Cambridge Law Journal 2014, 73(2), p. 263-266.

³¹ De Commissie heeft in 2014 bovendien in een bekendmaking aangegeven: *Restrictions whereby competitors agree to fix prices of products which they sell or buy are, as a matter of principle, restrictions by object. It is not necessary that the agreement expressly or directly fixes the selling or purchasing price: it is sufficient if the parties agree on certain parameters of the price composition, such as the amount of rebates given to customers*. Zie de Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice) {C(2014) 4136 final}, van 25 juni 2014, par. 2.1.1.

afspraken laat maken. Het *FNV Kiem*-arrest legt hier geen strobreed in de weg. Het hier aangeroerde punt speelde namelijk in die procedure niet.

Ik noteer daarbij dat in de door de ACM gepubliceerde Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen onder punt 21 wordt aangegeven dat de positie van de betrokken ondernemingen op de markt van belang is, omdat afspraken met name dan schadelijk zijn voor de concurrentie indien partijen over ‘marktmacht’ beschikken. De ACM verstaat daaronder het vermogen om de prijs tot boven het door de concurrentie bepaalde peil te verhogen en, althans op korte termijn, bovennormale winst te maken.³² De (gemiddelde) zzp’er zal in beginsel weinig marktmacht hebben.

Toch zou ik het bepaalde in art. 7 lid 2 Mw niet, althans niet substantieel, proberen op te rekken. Wat steeds blijft staan is dat de bagatelvrijstelling niet van toepassing is voor de afspraak die de handel tussen de lidstaten op merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden. Het zal bij maximaal acht (of misschien nog een paar meer) zzp’ers niet zo’n vaart lopen, maar zonder (enig) risico, hoe gering ook, is de zzp’er niet.

Ik doe wel de suggestie dat de ACM een handleiding op de website plaatst welke is toegesneden op de situatie van de zzp’er en afspraken tussen (slechts) zzp’ers. Deze handleiding zou kunnen verwoorden dat wanneer de betrokken zzp’ers te goeder trouw aannemen dat een afspraak door de voorwaarde genoemd in art. 7 lid 2 Mw is gedekt, de ACM geen sanctie zal opleggen.

Onzekerheid heeft vaak tot gevolg dat partijen die het speelveld niet goed kunnen overzien, de risico’s vermijden door het speelveld niet te betreden. Het mededingingsrecht is geen laagdrempelig terrein. Men heeft te maken met nationale regels en nationale toezichthouders en EU-regels en EU toezichthouders. Het is een complex gebied met veel nationale rechtspraak, rechtspraak van het HvJ EU en *soft law* (mededelingen, richtsnoeren). Dat kan een niet op dit terrein gespecialiseerde jurist niet bijbenen en de zzp’er waarschijnlijk al helemaal niet.

Ik geef het voorbeeld van de werking van het mededingingsrecht bij aanbestedingen. Bij aanbestedingen geldt in het geval verschillende ondernemingen samen een offerte indienen (men spreekt over een combinatieovereenkomst) de regel dat deze ondernemingen zelf moeten beoordelen of een combinatieovereenkomst is toegestaan. Daartoe dient iedere betrokken onderneming te onderzoeken of de voorgenomen combinatieovereenkomst leidt tot een concurrentiebepanking in de zin van het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mw. Is sprake van een dergelijke concurrentiebepanking dan is de overeenkomst verboden, tenzij één van de uitzonderingen op het kartelverbod van toepassing is. Als de onderneming een beroep wil doen op de vrijstelling wegens voordelen voor gebruikers (artikel 6 lid 3 Mw), dan moet de onderneming zelf bewijzen dat aan de vrijstellingscriteria wordt voldaan. Het is, zo overweegt de Handleiding van het Ministerie van Economische Zaken, niet altijd eenvoudig om te beoordelen hoe de zaak ligt. Op de website vindt men daarom een brochure met een stappenplan.³³ De zzp’er die dit stappenplan leest, haakt waarschijnlijk vrij snel af bij plannen om een combinatie met (potentiële) concurrenten aan te gaan. De brochure meent weliswaar dat uit het stappenplan volgt dat combinatieovereenkomsten in veel gevallen zijn toegestaan, maar zekerheid is er niet en het stappenplan zit vol voetangels en klemmen. De handleiding doet de suggestie dat het inwinnen van deskundig advies voorafgaande aan de afspraak raadzaam is. Voor een zzp’er is dat mede uit kosten oogpunt lang niet altijd een haalbare suggestie.

Het uitgangspunt is dat de relevante markt wordt gevormd door de ondernemingen die op de aanbesteding inschrijven. Dit geeft geen ruim bereik aan de definitie van ‘relevante markt’. Onder omstandigheden kan de markt volgens de ACM groter zijn, wanneer concurrentiedruk uitgaat van niet-inschrijvende ondernemingen. In geval van een aanbesteding beschouwt de ACM in beginsel alleen de

³² Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, *Stcrt.* van 7 april 2005 (nr. 67, blz. 20 t/m 24) en in werking getreden op 8 april 2005 en gewijzigd bij publicatie in *Stcrt.* van 21 april 2008 (nr. 77, blz. 14) in werking getreden op 22 april 2008.

³³ Handleiding Combinatieovereenkomsten, Ministerie van Economische Zaken, publicatienr. 84413, april 2015, gebaseerd op de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 31 maart 2013, nr. WJZ/12354959, met betrekking tot de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van artikel 6 van de Mededingingswet ten aanzien van combinatieovereenkomsten (Beleidsregels Combinatieovereenkomsten 2013), *Stcrt.* 2013, nr. 9223, 5 april 2013.

inschrijvende ondernemingen als concurrenten voor die aanbesteding. Dit is in lijn met haar uitgangspunt dat de relevante markt wordt gevormd door de inschrijvende ondernemingen. In een specifiek geval kan de beoordeling door de ACM anders uitvallen als in dat specifieke geval concurrentiedruk uitgaat van niet-inschrijvende ondernemingen. De beoordeling kan anders uitvallen als er toch concurrentiedruk uitgaat van een niet-uitgenodigde partij. In de praktijk betekent dit, aldus de Handleiding, dat ondernemingen bij de beoordeling van een combinatieovereenkomst rekening moeten houden met het aanbod van ondernemingen die redelijkerwijs kunnen inschrijven. Daarnaast kunnen ondernemingen ‘potentiële concurrent’ zijn. Een potentiële concurrent is in de regel een onderneming die nog niet op dezelfde relevante markt actief is, maar dit waarschijnlijk binnen korte tijd kan worden. Als ondernemingen geen (potentiële) concurrent zijn ten aanzien van een specifieke aanbesteding, kunnen zij dat overigens in andere gevallen wel zijn. Om die reden moet steeds worden nagegaan dat de samenwerking er niet toe leidt dat de concurrentie ten aanzien van andere aanbestedingen ontoelaatbaar wordt beperkt. Het kan voorkomen dat dezelfde ondernemingen voor een bepaalde individuele aanbesteding geen concurrent zijn, maar voor andere (toekomstige) aanbestedingen wel met elkaar kunnen concurreren. In dat geval dient ook per (reeks van) aanbesteding(en) te worden getoetst of de combinatieovereenkomst geen ontoelaatbare beperking van de mededinging oplevert.

Wat de zzp’er met deze Handleiding kan, vertelt de Handleiding niet en is niet zomaar duidelijk. Een zzp’er zal dit allemaal niet paraat hebben en houden. Onduidelijkheid en daarmee gepaard gaande onzekerheid kan men beter voorkomen.

3.4 De evaluatie van de verruiming van de bagatelvrijstelling in art. 7 lid 2 Mw door Panteia (2014)

De Minister van Economische Zaken had toegezegd dat de verruiming van de bagatelvrijstelling in 2011 drie jaar na inwerkingtreding van art. 7 lid 2 Mw zou worden geëvalueerd. Dat is gebeurd. Het onderzoek is uitgezet bij Panteia. In november 2014 verscheen het eindrapport van Panteia ‘Effecten van de verruimde bagatelvrijstelling’.³⁴

Het rapport van Panteia doet verslag van een onderzoek naar het effect van de verruimde bagatelvrijstelling bij ruim 1800 bedrijven met behulp van een internetenquête en een telefonische enquête. Daarnaast hebben interviews plaatsgevonden met de betreffende brancheorganisaties en een tiental juridische experts. Het onderzoek concentreert zich op het MKB, de doelgroep van de wijziging van de mededingingswet tot verruiming van de bagatelvrijstelling.

De zzp’er zit als onderneming qua grootte onder het niveau van het MKB. Dat maakt dat de bevindingen van het Panteia rapport niet zomaar volledig kunnen worden doorvertaald naar de positie van de zzp’er. Wel geven de bevindingen van het rapport richting aan wat men bij de zzp’er mag verwachten.

Het Panteia rapport uit 2014 laat zien dat er belangrijke knelpunten zijn. Veel bedrijven wisten niet van de verruiming van de bagatelvrijstelling (één op de acht bedrijven gaf aan er van te hebben gehoord, p. 45 van het rapport). In de visie van de geraadpleegde brancheorganisaties biedt de bagatelvrijstelling onvoldoende mogelijkheden. In markten met grote afnemers is de bovengrens van 10% onvoldoende om zoden aan de dijk te zetten. Is sprake van interstatelijke handel, dan kan men zich niet volledig op de Nederlandse bagatelbepaling verlaten. De de-minimisregeling op het niveau van de EU staat geen afspraken toe die bedoeld zijn de mededinging te beperken. Deze de-minimisregeling heeft slechts betrekking op afspraken die een beperking van de mededinging tot gevolg kunnen hebben en zijn niet bindend voor het HvJ. Tariefafspraken behoren tot dergelijke *hardcore* afspraken. Bij kwesties die de interstatelijke handel raken geldt mitsdien voor afspraken over tarieven (of een geografische verdeling) geen ondergrens. Die ondergrens is er wel als de interstatelijke handel niet speelt.

³⁴ Yvonne Prince, Johan Snoei, Wilma van Rijt, Paul van der Zeijden, Panteia, Effecten van de verruimde bagatelvrijstelling, bijlage bij de brief van de Minister van Economisch Zaken van 17 december 2014, *Kamerstukken I* 2014/15, 31 531, T.

Art. 7 lid 2 Mw geeft een helder percentage (10%), maar verschaft geen duidelijkheid over het antwoord op de vraag van welke markt het percentage van 10% moet worden afgeleid. Het niet met zekerheid kunnen bepalen van de relevante markt wordt door de geraadpleegde brancheorganisaties als een knelpunt ervaren. De bewijslast ligt bij de ondernemingen. Men ervaart een grote mate van rechtsonzekerheid.

Panteia doet voorts verslag van de opvattingen van enige in het mededingingsrecht gespecialiseerde juristen. Panteia geeft aan dat bij het met ondernemingen doorlopen van de opties voor mededingingsrechtelijk aanvaarde vormen van samenwerking deze specialisten adviseren geen gebruik te maken van de bagatelvrijstelling. Men adviseert bedrijven zelden om gebruik te maken van de bagatelvrijstelling (p. 46 van het rapport). Het rapport noemt verschillende redenen. Voor zzp'ers is vooral de volgende reden van belang: de marktafbakening is te onzeker en hierdoor is de rechtsonzekerheid te groot. Men geeft aan dat de vrijstelling zelden toepasbaar is. Het bepalen van de relevante markt is het grootste knelpunt (p. 42 van het rapport). Het bepalen van de (relevante) markt gebeurt op basis van informatie van de ondernemingen, van brancheorganisaties, van de ACM, aangevuld met eigen en eventueel extern onderzoek inclusief rechtspraakonderzoek. Men hanteert mede vanwege het punt van de boetes het adagium: 'bij twijfel niet doen'. De al bestaande rechtsonzekerheid is door de verruiming van de bagatelvrijstelling niet verminderd. De door Panteia geraadpleegde deskundigen geven bovendien aan dat markten aan verandering onderhevig zijn, waarbij denkbaar is dat het aan de start goed zat en dat op het moment van een klacht verderop in de tijd de samenwerking niet langer past binnen de regels. Dit stimuleert de toepassing niet (p. 43 van het rapport).

Voorts noemt het Panteia-rapport als reden dat fusies meer mogelijkheden voor samenwerking bieden. Een 'fusie' is voor zzp'ers een (te) groot woord, maar ik noem het punt omdat het verwijst naar een type oplossing die voor zzp'ers juist geschikt kan zijn: het aangaan van een samenwerking in de vorm van een samenwerkingsverband dat in mededingingsrechtelijke zin als 'onderneming' geldt (zie hierna par. 4).

De Minister van Economische Zaken concludeerde in zijn schriftelijke reactie van 17 december 2014 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer op de uitkomsten van het Panteia-rapport dat de verruiming van de bagatelvrijstelling niet of nauwelijks heeft geleid tot méér gebruik van de vrijstelling dan voorheen. Er was wel enig gebruik en in zoverre ook baat bij de regeling. De minister stelde bovendien dat het oorspronkelijke doel van de bagatelvrijstelling, het uitzonderen van het kartelverbod van afspraken die vanwege hun zeer geringe omvang geacht worden een verwaarloosbaar effect op de mededinging te hebben, een valide argument blijft voor het bestaan van de vrijstelling. De volgende zin is veelzeggend: 'Aangezien de verruiming verder niet tot meer of minder rechtsonzekerheid heeft geleid, zie ik geen reden de huidige verruimde bagatelvrijstelling aan te passen of te laten vervallen'.³⁵ Hoewel dus niet minder rechtsonzekerheid was ontstaan, was er geen aanleiding voor enige aanpassing. Wel zou er meer aan communicatie moeten worden gedaan door brancheorganisaties, het geven van uitleg en informatie op de relevante websites van de rijksoverheid en door de ACM.

Het ligt voor de hand dat als brancheorganisaties en op het mededingingsrecht gespecialiseerde advocaten het thema als rechtsonzeker bestempelen, individuele ondernemingen dit – als ze er al van weten – zeker zo ervaren. Voor zzp'ers is er bij enige vorm van onzekerheid al helemaal geen beginnen aan. Zij zullen de weg naar de in het mededingingsrecht gespecialiseerde advocaat minder makkelijk vinden dan een bedrijf of instelling met een belangenbehartigende rol.

³⁵ *Kamerstukken I 2014/15*, 31 531, T, p. 4.

4. Afspraken tussen zzp'ers en de speelruimte voor een 'vennootschappelijke' oplossing

4.1 Over de vorming van besloten netwerken van zzp'ers

Het gaat bij het kartelverbod om een verbod van 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 mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Afspraken binnen één onderneming vallen niet onder het kartelverbod.

Indien de zzp'er bereid is zijn zelfstandigheid in die (beperkte) zin op te geven dat hij zijn activiteiten onderbrengt in een samenwerkingsverband dat voor de toepassing van het mededingingsrecht als een onderneming wordt beschouwd, treedt deze zzp'er toe tot een mededingingsrechtelijk vrije interne ruimte. De leden van een netwerk dat zich kwalificeert als onderneming in de zin van het mededingingsrecht, mogen onderling afspraken maken over jegens derde partijen te hanteren tarieven. Dit samenwerkingsverband (een rechtspersoon of een personenvennootschap) zal optreden als de partij met wie een opdrachtgever zaken doet. Het verschil met de individueel werkende zzp'er behoeft niet groot te zijn, althans niet groter dan nodig is om te voldoen aan de vereisten voor het zijn van een onderneming. De vraag is dan hoe zo'n besloten netwerk van zzp'ers er uit kan komen te zien.

Wij kennen in ons land allerlei soorten samenwerkingsverbanden. Het gaat om het vinden van een ondernemingsvorm die flexibiliteit ruimte geeft, niet onnodig zelfstandigheid opoffert en toch het huis van de onderneming betreedt. Mijn gedachten gaan uit naar een netwerk dat samenbindt, wellicht zorgt voor interne *crowdfunding*, dat kosten deelt en marktmacht organiseert. Een netwerk dat aan de inkoopkant voordelen voor de aangesloten leden weet te bereiken – zoals bijvoorbeeld ook het tegen aanvaardbare tarieven bij banken kunnen afsluiten van hypotheek³⁶ – en het tegen een aanvaardbare premie kunnen afdekken van bepaalde risico's – zoals bijvoorbeeld langdurige arbeidsongeschiktheid na ommekomst van een door het netwerk zelf gedragen eerste ziekteperiode. Een netwerk dat de leden op administratief vlak ontzorgt (voor veel zzp'ers is facturering en het bijhouden van de financiële administratie een last). Een netwerk dat voor scholing zorg draagt, de uitwisseling van ervaringen mogelijk maakt en toch toelaat dat de leden naar buiten toe de door de individuele leden zelf gegenereerde omzet zoveel mogelijk zelf behouden (maatschappen met verdelingsmodellen rondom het thema *'eat what you kill'* bestaan al lang en in ruimte mate). Een netwerk dat bewerkstelligt dat men elkaar de bal kan toespelen. Binnen bepaalde grenzen is zelfs denkbaar dat leden met elkaar op basis van kwaliteit (niet op basis van tarieven) in concurrentie treden (de opdrachtgever van het netwerk is immers 'koning'). Samen staan deze 'zzp'ers' (na toetreding tot het netwerk is men feitelijk geen zzp'er meer) sterker jegens opdrachtgevers die door hun omvang in de betreffende branche of sector een aanzienlijke marktmacht vertegenwoordigen. De leden/partners van het netwerk zullen mogelijk voorheen concurrenten zijn geweest, maar dat hoeft niet het geval te zijn. het netwerk kan het web breder uitwerpen.

Het gaat steeds om het vinden van een houdbaar minimumniveau aan economische eenheid dat de toets der kritiek van het mededingingsrecht doorstaat. De gedachte blijft immers in beginsel dat de lede/partners zoveel mogelijk als 'zzp'er' aan de slag kunnen zijn en niet onnodig gehinderd worden door een bestuurlijke structuur en overheadkosten.

³⁶ Denk aan een variant op het thema van de Perspectiefverklaring, een initiatief van Randstad, Obvion en Vereniging Eigen Huis, waarbij zich einde 2016 negen uitzendondernemingen aansloten met de mededeling dat deze verklaring zou moeten uitgroeien tot de marktstandaard voor flexmedewerkers die een huis willen kopen.

Men kan kiezen voor een vennootschap met of zonder rechtspersoonlijkheid. Welke keus wordt gemaakt, is afhankelijk van veel factoren en berust zeker ook op fiscale overwegingen. Ik behandel kort de optie van de coöperatie (art. 2:53 e.v. BW) als netwerk met rechtspersoonlijkheid (zie par. 4.3). Voor wat betreft de personenvennootschap (zie par. 4.4) kan men denken aan de vennootschap onder firma (art. 14 e.v. WvK) en aan de maatschap (art. 7A:1655 e.v. BW).

Ook buitenlandse rechtsvormen met of zonder rechtspersoonlijkheid zijn mogelijk. In de dienstverlening (advocatuur, consultancy, accountancy, search bureaus, e.d.) hebben dergelijke rechtsvormen een plaats gekregen. Ik laat een nadere bespreking van de optie van een netwerk met een buitenlandse rechtsvorm hier achterwege, maar dat doet geen afbreuk aan de gedachte dat zo'n rechtsvorm passend kan zijn.

Het bestuur van het besloten netwerk wordt, waarschijnlijk bij toerbeurt voor een bepaalde periode en mede op basis van relatieve kwaliteiten, gevormd door gekozen leden/partners die zelf ook in de markt werkzaam blijven om voor inbreng zorg te dragen en de voeling met hun aandachtsveld niet te verliezen.

De gekozen samenwerkingsvorm zal wellicht in sommige gevallen met nogal wat komen en gaan van leden/partners te maken hebben. Maar daarom ontbreekt nog niet een duurzaam karakter aan de economische eenheid. Denk aan het voorbeeld van de voetbalclub die als club een en dezelfde onderneming is en blijft hoewel het eerste elftal ieder jaar voornamelijk uit nieuwe spelers bestaat.³⁷ Het netwerk vormt de constante factor en geeft in een wereld waarin substitutie voor de zzp'er als eenling een zakelijk probleem vormt een meerwaarde.

Wel zal vanwege de eis dat het netwerk naar buiten toe als economische eenheid optreedt een stille maatschap niet voldoen. Een puur op het verdelen van kosten gerichte maatschap zal waarschijnlijk ook te weinig zoden aan de dijk zetten.

Het netwerk is niet slechts een samenwerkingsverband voor een bepaalde opdracht, maar een voor onbepaalde tijd aangegaan en dus als duurzaam te duiden verband. Het netwerk in de door mij bedoelde zin is niet een overeenkomst tot samenwerking van ondernemingen, maar (zelf) een onderneming met leden/partners.

4.2 Omtrent het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip

Eerst een enkel woord over het begrip 'onderneming' voor de toepassing van art. 6 Mw en art. 101 VWEU. Dit begrip moet ruim worden opgevat. Elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, is een onderneming, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Afspraken tussen groepsmaatschappijen van dezelfde 'economische eenheid' (concern) worden gezien als een afspraak binnen één onderneming. Het economisch karakter van de activiteit beslist en niet of deze activiteit in handen is van een privaatrechtelijke eenheid of een publiekrechtelijk orgaan.

³⁷ Indien de spelers geen dienstverband met de club zouden hebben, maar leden of partners van de club zouden zijn, is het voorbeeld 'compleet'.

Rechtspersoonlijkheid is niet vereist.³⁸ Het gaat om de materiële werkelijkheid.³⁹ Onder het begrip onderneming moet worden verstaan een economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen.⁴⁰ Het gaat bij een economische activiteit om het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.⁴¹ De definitie stelt geen ondergrens aan het aantal personen dat in de onderneming werkzaam is. In de *Pavlov*-zaak ging het om een landelijke specialisten vereniging op medisch gebied en onderzocht het HvJ of de individuele specialisten ondernemingen dreven (in bevestigend geval was de vereniging een ondernemersorganisatie). Het HvJ concludeerde dat de individuele specialisten inderdaad ieder een onderneming uitoefenen, waarbij het HvJ ter onderbouwing van deze gedachte overwoog dat de artsen voor de ten behoeve van hun patiënten verrichte diensten van hen een beloning ontvangen en de aan hun beroepsuitoefening verbonden financiële risico's droegen. Aan het uitoefenen van een onderneming deed niet af dat hun diensten complex en technisch van aard waren, noch dat de uitoefening van hun beroep aan regels gebonden was.⁴²

Ik noem tot slot het op de website van de ACM te vinden standpunt van de ACM omtrent maatschappen (van medisch specialisten) en ziekenhuizen uit 2013, zoals aangepast in 2015. Belangrijke elementen voor het aanmerken als een economische eenheid zijn de eindverantwoordelijkheid, het contracteren, het zelfstandig functioneren op de markt, de aansprakelijkheid en de eigen verantwoordelijkheid over investeringen. Allemaal zaken die in de door mij voorgestelde besloten netwerken goed zijn te regelen.

4.3 *Het netwerk met rechtspersoonlijkheid: de coöperatie*

Bij de keuze van een rechtspersoon is de coöperatie een voor de hand liggende suggestie.⁴³ De coöperatie is een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging. Anders dan bij de 'gewone' vereniging,

³⁸ HvJ EG 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner*), punten 21 en 22, HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P (*Dansk Rørindustri e.a./Commissie*), punt 112; HvJ EG 10 januari 2006, C-222/04 (*Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*), punt 107, HvJ EG 11 juli 2006, C-205/03 P (*FENIN/Commissie*), punt 25. Zie voorts E.F. Grosheide, Overheid en sociale partners op wenkbrauwgesprek bij Europa, *TRA* 2015/99 en I.P.M. Ligteringen, *Privaatrechtelijke gevolgen van een schending van het mededingingsrecht*, Serie Onderneming & Recht, Deel 96, Deventer: Kluwer 2016, p. 17, met verdere literatuurverwijzingen.

³⁹ Vergelijk HvJ EG 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P (*Aalborg Portland e.a./Commissie*), punt 59: 'A change in the legal form and name of an undertaking does not necessarily have the effect of creating a new undertaking free of liability for the anti-competitive behaviour of its predecessor when, from an economic point of view, the two are identical'.

⁴⁰ HvJ EG 14 december 2006, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784 (*Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*), punt 40, HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel e.a./Commissie*), punt 55. Vergelijk W. Sauter, Coherence in EU Competition Law, Oxford Studies in European Law, Oxford University Press, 2016, p. 75-77.

⁴¹ Onder andere HvJ EG 16 juni 1987, C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283 (*Commissie/Italië*), punt 7. Wirtz t.a.p., p. 327, stelt mooi dat het mededingingsrecht streeft naar werkzame mededinging op de goederen- en dienstenmarkt, terwijl de CAO streeft naar het beperken van concurrentie op de arbeidsmarkt. Niet ten onrechte gaf zij aan dat alleen daar waar de effecten van de arbeidsmarkt oversteken naar de goederen- en dienstenmarkt problemen kunnen ontstaan. Het mededingingsrecht is niet geschreven om op de arbeidsmarkt zelf te gelden. Dat gebeurt thans ruim tien jaar later gaandeweg toch door de omstandigheid dat het aanzwellend aantal zzp'ers de beide soorten markten dichter bij elkaar brengt in de zin dat wij meer ondernemingen zien die zich kenmerken door de arbeid van één individu.

⁴² HvJ EG 12 september 2000, C-180/98, ECLI:EU:C:2000:428, *NJ* 2000, 92 (*Pavlov*), punten 73-77. Zie voorts over het ondernemingsbegrip Wirtz t.a.p., p. 117 e.v., en (met specifieke aandacht voor de zorgsector) J.W. van de Gronden, *The Treaty Provisions on Competition and Health Care*, in: *Health Care and EU Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2011, p. 265-294, op p. 271-274. Zie voorts M.Ph.M. Wiggers, *De NMa en de NZa in de curatieve zorgsector* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013, p. 35 e.v.

⁴³ Zie meer algemeen over de coöperatie *Asser/Rensen 2-III** 2012/191 e.v.

mag de coöperatie winst onder haar leden verdelen (art. 2:53a BW verklaart art. 2:26 lid 3 BW buiten toepassing).⁴⁴ Het verbod op winstverdeling onder de leden maakt de gewone vereniging als vehikel voor het beoogde besloten netwerk ongeschikt. Het wettelijk doel van een coöperatie is het voorzien in de stoffelijke behoeften van haar leden (art. 2:53 BW). De zzp'ers zijn de leden. Zij verdelen de behaalde winst onderling overeenkomstig de gemaakte afspraken. De winstverdeling zal waarschijnlijk voor een aanzienlijk deel gerelateerd zijn aan de eigen inspanningen van de individuele leden, maar dat hoeft niet.

Toetreding is onderworpen aan een set van door de leden in de statuten afgesproken eisen. Het gaat immers om een besloten netwerk. Uittreding geschiedt door opzegging door de coöperatie respectievelijk door het lid. De statuten regelen de uittreedvoorwaarden. Deze voorwaarden zullen niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is voor het doel van het netwerk. De wet stelt de eis dat er voor een lid geen feitelijke belemmering mag zijn om op te zeggen en deze eis past prima bij het type netwerk dat hier aan de orde is.

Bij het opzetten van een onderneming zal het doel gericht zijn op haar continuïteit. Dat is bij de coöperatie niet anders. De leer van het vennootschappelijk belang is van toepassing op alle rechtspersonen.

De wet staat toe dat de coöperatie in haar statuten bepaalt dat iedere verplichting van de leden of oud-leden om in een tekort bij te dragen, wordt uitgesloten (art. 2:56 BW). De coöperatie voert dan aan het slot van zijn naam de letters U.A. (uitsluiting van aansprakelijkheid).

Externe aansprakelijkheid voor door leden in de uitoefening van hun werkzaamheden gemaakte fouten is, zo mag ik aannemen, op aanvaardbare condities verzekeraar.

Het doel van de coöperatie is niet gericht op tewerkstelling van haar leden bij opdrachtgevers. De coöperatie is niet opgericht als uitzendonderneming. Dat laat onverlet dat als de lidmaatschapsverhouding valt te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst (tussen de coöperatie en de toegetrede zzp'er) sprake zou kunnen zijn van een uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW.⁴⁵ Het is derhalve zaak de relatie zo op te zetten en opgezet te houden dat de aangesloten leden niet in een arbeidsovereenkomst met de coöperatie als werkgever terecht komen.⁴⁶

⁴⁴ In 2016 stonden ruim 5000 coöperaties ingeschreven. Dit wijst op een reeds bestaande populariteit. Verstraten noemt dit getal en geeft aan dat deze populariteit te maken heeft met de flexibiliteit van deze rechtsvorm. Hij concludeert dat de coöperatie flexibel genoeg is om als *jointventure-vehicle* te gebruiken. Uittreding is makkelijk, maar toetreding van nieuwe leden kan wel aan banden worden gelegd door het stellen van kwaliteitseisen. Dit is precies het soort opzet die ik bij het in de tekst besproken netwerk voor ogen heb. Verstraten concludeert voorts dat financiering door leden de normale gang van zaken weergeeft – wat ook zal gelden bij de door mij gesuggereerde netwerken – , maar ook niet-leden kunnen financieren door middel van uitgifte van participatiebewijzen. M.A.B. Verstraten, De coöperatieve joint venture, *Ondernemingsrecht* 2016/47.

⁴⁵ De Hoge Raad heeft eind 2016 geoordeeld dat de zogenaamde allocatiefunctie geen vereiste is voor het aannemen van een uitzendovereenkomst als bedoeld in art. 7:690 BW. Het betreft een ander thema dan dat van dit paper. Dit oordeel van de Hoge Raad legt wel nog een accent op het belang van het er voor zorgdragen dat de lidmaatschapsverhouding helder is en geen typisch arbeidsrechtelijke kenmerken vertoont. Indien individuele leden ten laste van het collectief van het besloten netwerk succes hebben met het standpunt dat hun verhouding als een arbeidsovereenkomst kan worden geduid, heeft dit los van het feit dat het hele bouwwerk wordt omgetrokken als consequentie dat men binnen het bereik komt van het bedrijfstakpensioenfonds in de uitzendbranche. HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*C4C/StiPP*) en HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757 (*Stichting Leerorkest*).

⁴⁶ Hierbij is van belang vast te stellen dat art. 7:690 BW niet zo behoeft te worden opgevat dat in de driehoeksrelatie tussen de netwerker, het netwerk en de opdrachtgever de band tussen de netwerker en het netwerk noodzakelijkerwijs het karakter van een arbeidsovereenkomst krijgt. Deze zienswijze ligt ook voor de hand. Niemand zal beweren dat de partner in een maatschap die voor een opdrachtgever een klus doet op grond van het bepaalde in art. 7:690 BW valt te beschouwen als een werknemer van de maatschap waarin deze partner maat is.

Er moet voorts duidelijkheid bestaan over de omvang en de aard van de inbreng van de activiteiten van de zzp'er. De zzp'er die een deel van zijn onderneming zelfstandig buiten de coöperatie houdt, wordt voor dit buiten het netwerk gehouden deel (een aparte onderneming) alsnog geconfronteerd met het mededingingsrecht. Het ligt daarom in de rede dat de zzp'er die toetreedt tot een netwerk al zijn activiteiten inbrengt behoudens die activiteiten die op een ander terrein liggen (en die eventueel bij een ander netwerk zouden zijn onder te brengen). Dit valt allemaal in de statuten of bij toetreding correct schriftelijk vast te leggen.

Het tegelijkertijd lid zijn van verschillende netwerken is denkbaar, maar levert afhankelijk van de aanwezigheid van overlap in aandachtsgebieden wellicht problemen van concurrentiële aard op. Ook over dit aspect dient men goede afspraken te maken.

4.4 *Het netwerk zonder rechtspersoonlijkheid: de vof of de maatschap*

Het te vormen besloten netwerk hoeft geen rechtspersoonlijkheid te hebben. Men kan ook kiezen voor een personenvennootschap. Betreft het doel van het netwerk het uitoefenen van beroepsmatige activiteiten, dan komt de (openbare) maatschap in aanmerking. Bij bedrijfsmatige activiteiten is de vof de aangewezen figuur.⁴⁷

In het personenvennootschapsrecht staat de inrichtingsvrijheid van partijen voorop.⁴⁸ De contractsvrijheid betreft een grondrecht (artikel 16 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie⁴⁹). Wel zullen de partijen die met elkaar samenwerken een inbreng moeten hebben. Deze inbreng hoeft in financiële zin niet gelijk of gelijkwaardig te zijn. Bij de inbreng denk ik zowel aan uren inzet als aan het verdelen van de taken op het punt van het beheer van het netwerk. Er kunnen (dus) ook verschillen zijn in de revenuen of in de zeggenschap.

Bij de personenvennootschap kan men beperkingen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid inschrijven in het handelsregister. Deze inschrijving kan aan derden worden tegengeworpen.⁵⁰

Bij de VOF zijn de vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap. Bij de maatschap zijn de vennoten aansprakelijk voor gelijke delen.⁵¹ De aard van de activiteiten (beroep of bedrijf) beslist over de rechtsvorm. Ik ga er van uit dat in de praktijk aansprakelijkheid een op aanvaardbare condities verzekerbaar thema is.

⁴⁷ Vergelijk meer algemeen Chr. M. Stokkermans, *Maatschap vs. VOF*, in: De personenvennootschap anno 2015 en haar toekomst, Ars Notariatus deel 159, Deventer: Kluwer 2015, p. 9-20.

⁴⁸ A.J.S.M. Tervoort, Grondslagen van personenvennootschapsrecht, in: B.F. Assink, K.F. Haak, J.M. de Jongh, M.J. Kroeze, A.J.P. Schild (red.), De toekomst van het ondernemingsrecht, Opstellen voor prof. Mr. L. (Vino) Timmerman, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Deel 99, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 549-564.

⁴⁹ De toelichting bij het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie geeft aan dat artikel 16 van dit Handvest is gebaseerd op de jurisprudentie van het HvJ EU, dat de vrijheid om een economische of een handelsactiviteit uit te oefenen erkent, alsmede de contractuele vrijheid. Artikel 16 Handvest is voorts gebaseerd op artikel 199 lid 1 en lid 3 VWEU, dat de vrije mededinging erkent. Toelichtingen bij het Handvest, PbEG 14 december 2007, C 303, p. 23. Er is geen sprake van absolute gelding.

⁵⁰ Tervoort t.a.p. p. 564 met verwijzing naar Asser/Maeijer 1995/132 en Assink/Slagter 2013, par. 99.4.

⁵¹ Het gaat hier om de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid. Bij niet nakoming van verplichtingen betreffende een door de maatschap aanvaarde opdracht zijn de vennoten jegens de partij met wie de maatschap contracteerde op grond van art. 7:407 lid 2 BW hoofdelijk aansprakelijk. Zie HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, JOR 2013/133, m.nt. Blanco Fernández en NJ 2013/290 m.nt. Van Schilfgaarde (*Biek Holdings*).

De vennoten kiezen zelf hun medevennoten. In de samenwerkingsovereenkomst kunnen zij afwijkende regelingen treffen. Deze samenwerkingsovereenkomst regelt ook de opzegging van individuele vennoten. Het ligt daarbij in beginsel voor de hand dat de samenwerking relatief eenvoudig valt op te zeggen. Het streven is niet noodzakelijkerwijs gericht op een grotere lotsverbondenheid met de medevennoten dan nodig is met het oog op het mededingingsrechtelijke doel van het netwerk en andere voordelen die het netwerk biedt. Dit laat onverlet dat in te vormen netwerken de partners meer naar elkaar toe groeien. Men bepaalt zelf hoe nauw de band precies moet zijn.

De door en uit de vennoten gekozen bestuurders zullen deze rol overeenkomstig de gemaakte afspraken voor een bepaalde periode vervullen en tijdens hun bestuursperiode als voorheen werkzaam blijven om te bewerkstelligen dat zij na het einde van hun bestuursperiode in hun eigenlijke werk verder kunnen. Wij zien deze aanpak overigens ook nu al in de praktijk bij veel bestaande maatschappen.

Dit is niet de plaats voor een nadere detaillering van de verschillende mogelijkheden. Afspraken zullen per samenwerkingsverband (kunnen) anders luiden. Denkbaar is dat op een voor zzp'ers makkelijk toegankelijke website een overzicht komt te staan van veel voorkomende afspraken en bedingen. De uiteindelijke overeenkomst kan worden uitonderhandeld na overleg met de betrokken adviseurs. Wel moet steeds veilig worden gesteld dat de afspraken niet zo uitpakken dat feitelijk een hiërarchische verhouding is ontstaan tussen de netwerkbeheerder (het uit leden/partners bestaande bestuur van het netwerk) en een of meer van de samenwerkende zzp'ers.

Het netwerk zal afspraken maken over hoe de vennoten onderling omgaan met nevenactiviteiten en de relaties van het netwerk. Ik denk vooral aan afspraken over hoe men tijdens het lidmaatschap van het netwerk omgaat met activiteiten die tegenstrijdig zijn met de belangen van het netwerk. Ten aanzien van bedingen die tot doel hebben de uitgetreden vennoot voor een zekere periode na het einde van de relatie beperkingen op te leggen is mijn gedachte dat zulke bedingen minder voor de hand liggen naarmate de banden onderling minder krachtige contouren hebben. Hoe meer lief en leed tijdens de rit wordt gedeeld, des te eerder is aanvaardbaar de postcontractuele periode aan beperkingen onderhevig te laten zijn. Het doel zal in beginsel zijn elkaar ruimte te gunnen.

De vennoot van een netwerk verricht arbeid die in het economisch verkeer wordt verricht. De vennoot is voor de toepassing van de Werkloosheidswet een zelfstandige. Bij een overstap naar een positie als vennoot van een netwerk verliest de betrokkene, indien hij tot dan werkzaam was als werknemer, dit werknemerschap. Werknemerschap is een vereiste om in aanmerking te (blijven) komen voor de WW. De startersregeling (art. 77a WW) laat ik hier buiten beschouwing.⁵²

Het lijkt niet waarschijnlijk dat een netwerk ook werknemers zal hebben, maar uitgesloten is dat niet. Het netwerk biedt de mogelijkheid bepaalde taken uit te besteden (administratie, fiscale afwikkeling, scholingsactiviteiten e.d.), maar men kan er ook intern iemand voor aanstellen. Het is steeds zaak de positie van de vennoten goed gescheiden te houden van de positie van de eventuele werknemers. Vormvervaging voert tot het risico dat onduidelijk wordt wie welke contractuele verbintenis is aangegaan. Bij de niet al te grote netwerken zal men waarschijnlijk kiezen voor het verdelen van de taken tussen de vennoten onderling, maar dit hoeft niet.

Het lijkt me overigens dat de hier bedoelde netwerken in beginsel niet groter (hoeven te) zijn dan nodig is voor het verstevigen van de marktmacht. Het is in het algemeen raadzaam het netwerk overzichtelijk

⁵² Vergelijk P.S. Fluit, De zelfstandige en de WW, *ArbeidsRecht* 2016/20.

te houden. Dat voorkomt dat het besloten karakter vervaagt en voorkomt ook dat het besturen van het netwerk een meeromvattende taak wordt.

Het werken in netwerken maakt de zzp'er deelgenoot van een groter geheel. Dat lijkt voor iemand die tot dan toe zelfstandig opereert een grote stap. Dat hoeft echter niet het geval te zijn. Ook nu werken veel zzp'ers samen met andere zzp'ers of met grotere ondernemingen op projecten van kortere of langere duur. De aard van de activiteiten en de wijze van werken verschilt in praktische zin niet wezenlijk met de situatie waarin het netwerk de opdracht aanvaardt. De zzp'er acquireert werk, doet dit werk, werkt daarbij samen met anderen en stuurt een rekening of laat het zenden van de factuur over aan een derde. Dat zou zonder werkzaam te zijn in een netwerk een extern administratiebureau kunnen zijn en zal bij de keuze voor toetreding tot een besloten netwerk, dit netwerk zijn of nog steeds het betreffende administratiebureau dat dan handelt in opdracht van het netwerk. De zzp'er geeft enige zelfstandigheid prijs door toe te treden tot een netwerk (niet in de verhouding tot de opdrachtgever, maar in lijn met de in het netwerk gemaakte afspraken en voorwaarden), maar hij krijgt er extra slagkracht door.

4.5 *Enkele afsluitende bespiegelingen over de drijfveren voor en toekomstgerichte aspecten van het werken in netwerken*

Ik heb in dit *paper* vooral het oog op de gedachte dat het netwerk de leden tilt boven het niveau van de onmacht die zij zonder netwerk ieder voor zich ervaren. Een belangrijk punt daarbij is dat het netwerk voor hen de mogelijkheid biedt als lid of partner zelf mede sturing te geven aan hun werk en aan de kosten die dit werk met zich brengt. Indien men dat niet wil en evenmin als eenmanszaak verder wil, bepalen anderen (de wereld van de tussenpersonen is divers) welk deel van de opbrengst bij de 'zzp'er' blijft (en of deze opbrengst valt te beschouwen als arbeidsloon uit dienstverband of als de *fee* van een zzp'er).

Het is een feit van algemene bekendheid dat er meer algemeen sprake is van een tendens om het werkgeverschap te flexibiliseren of uit te besteden aan derden. Dit werkt allerhande uitzend- en detachingsconstructies in de hand. De uitzendwereld groeit en verbreedt qua soorten dienstverlening. De grens met het netwerk als vehikel voor het helpen uitzetten van werk en het zorgen voor aanvaardbare vangnetten voor werkenden wordt dunner. Er zijn inmiddels talloze businessmodellen met allerhande vormen van samenwerking tussen personen en bedrijven. We kennen de driehoeksverhouding waarbij het uitzendbureau de uitzendkracht ter beschikking stelt van een inlenende partij (de 'uitzenddriehoek'). In beginsel is het uitzendbureau de werkgever, de uitzendkracht de werknemer in dienst van het uitzendbureau en de inlenende partij de opdrachtgever jegens het uitzendbureau. Tussen de uitzendkracht en de inlener bestaat slechts een feitelijke werkrelatie. Bij payrolling is het in beginsel niet anders. We kennen daarnaast de driehoeksverhouding waarbij de werkgever met een vakbond arbeidsvoorwaarden afsprekt en in een cao vastlegt (de 'cao-driehoek'). De werknemer die lid is van de vakbond wordt evenals de werkgever rechtstreeks gebonden aan de cao-afspraken indien de werknemer binnen de werkingssfeerbepaling van de cao valt. In deze driehoeksverhouding (ik laat de sectorale opzet buiten vermelding, maar daar ligt het speelveld niet veel anders) is er een cao-contract tussen vakbond en werkgever (een ondernemingscao), een arbeidscontract tussen werkgever en werknemer en een lidmaatschapsverhouding tussen vakbond en werknemer.

Wanneer we nu de werknemer in deze relaties vervangen door een zzp'er verschuift de rol van de vakbond naar werkgeversorganisatie en wordt het verschil tussen de uitzenddriehoek en de cao-driehoek vloeibaar. Wat is dan het verschil tussen de vakbond en een uitzendbureau/bemiddelingsbureau? Is dat een fundamenteel verschil of niet meer dan een gevolg van de wens om zelf als uitlener geld te verdienen

versus een gevolg van de wens om de zzp'ers die lid zijn bij een opdrachtgever te plaatsen of aan goede contractuele voorwaarden te helpen? Gaat het er om een allocatiefunctie te vervullen en er geldt aan te verdienen of gaat het er om het belang van de werker te behartigen? Of zijn beide aspecten relevant? Hangt het antwoord mede af van de vraag of de betrokken leden zelf een netwerk hebben gevormd om zo hun belangen te bundelen met als gevolg dat de netwerkbeheerder zich beschouwt als de vertegenwoordiger van de aangesloten leden? Of heeft de beheerder van het netwerk vanuit eigen winst oogmerk een netwerk gevormd en tracht hij leden te interesseren die hij beschouwt als de krenten uit de pap in de betreffende sector? Dit soort aspecten kunnen bovendien gaandeweg anders komen te liggen. Denk bijvoorbeeld aan later binnenkomende nieuwe leden die niet dezelfde rechten krijgen als de *founding fathers* van het netwerk. Werkt de vertegenwoordiger voor de vertegenwoordigde of is het juist andersom? Dit is in een transactiegedreven maatschappij met tal van spelers met eigen dromen en drijfveren geen vraag die zwart/wit ligt.

Het is aldus denkbaar dat het in toenemende mate zelfstandig(er) of in netwerken werken de positie van de vakbonden en de positie van de uitzendwereld nader tot elkaar brengt. In een door zzp'ers en netwerken gedomineerde arbeidsmarkt met wensen op het gebied van een bundeling van krachten groeit het businessmodel van het uitzendbureau toe naar het businessmodel van de vakbond. De netwerkbeheerder van de toekomst zou zich kunnen profileren als uitzendbureau of bemiddelaar, maar ook als vakbond en deze etiketten zouden afhankelijk van de omstandigheden van het geval allemaal 'waar' kunnen zijn. Het besloten netwerk als vakbondsvehikel, gericht op het met andere marktpartijen afspreken van 'goede' tarieven. Het besloten netwerk als uitzend-/bemiddelingsformule, gericht op het met andere marktpartijen afspreken van 'goede' plaatsingen (allocatie) van aangesloten leden. Het besloten netwerk als vakbondsvehikel en tevens als uitzend-/bemiddelingsformule, gericht op het met andere marktpartijen afspreken van tarieven en plaatsingen. Met scholings- en marketinginspanningen die de aangesloten leden ieder voor zich niet op de mat kunnen leggen. Met het oog op het noodzakelijke mededingingsrechtelijke groene licht gegoten in de jas van een 'onderneming'.

5. Afsluitend: de antwoorden op de vijf in de opdracht gestelde vragen

Mijn antwoorden op de vijf gestelde vragen luiden als volgt.

De eerste vraag: *Is de Mededingingswet wel actueel genoeg voor de huidige machtsverhoudingen, vooral voor zzp'ers en hun onderhandelingsmacht?*

Dit betreft primair een vraag voor het *paper* van de mededingingsrechtelijke specialist. Mijn observaties beperken zich tot het volgende. De Mededingingswet is actueel in de zin dat deze wet het EU-kartelrecht op de voet volgt. Binnen de onderneming mag men van alles afspreken. Afspraken met andere partijen zijn in beginsel niet toelaatbaar. De mededingingswet scheert sinds jaar en dag eenmanszaken, MKB en grote bedrijven over één kam. De huidige machtsverhoudingen liggen slechts tot op zekere hoogte anders dan voorheen. Het aantal zzp'ers neemt toe, maar eenmanszaken zijn van alle tijden.

Ik refereerde hiervoor aan het in netwerken werkzaam zijn van individuele personen op een wijze die duurzaam is, maar toch minder saamhorigheid kent en bevordert dan normaal lijkt voor een als economische eenheid fungerende onderneming. Ik doel daarbij niet op 'schijnondernemingen' in de zin van ondernemingen die dat in werkelijkheid niet zijn. Ondernemingen die in werkelijkheid geen onderneming zijn, kan (en zal) men voor de toepassing van het mededingingsrecht terzijde laten. Het gaat me om ondernemingen die realiter inderdaad dat etiket waard zijn.

Regelgeving plaatst businessmodellen altijd in hokken. De evolutie van het netwerk als model van samenwerken kan het traditionele ondernemingsbegrip tot op zekere hoogte uithollen. Het punt speelt in alle EU-lidstaten. De businessmodellen van mededingingsrechtelijk als ‘onderneming’ te beschouwen besloten netwerken zijn legio.

De tweede vraag: *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?*

Zzp'ers kunnen onderling tarieven afspreken als zij dit doen binnen de grenzen van de bagatelvrijstelling en deze afspraken geen merkbare invloed op de interstatelijke handel hebben. Voor wat betreft de beperkingen die het mededingingsrecht aan afspraken stelt geldt het EU-niveau op dezelfde wijze binnen andere lidstaten. Indien zzp'ers geen of nog geen gebruik maken van de mogelijkheden, dan behoeft de wet niet te worden aangepast. Het gaat er dan om via betere communicatie zorg te dragen voor meer bekendheid op een wijze die volledige zekerheid biedt over de effecten.

Juist ten aanzien van zzp'ers zou er, gezien de geringe omvang van hun ondernemingen, wel wat meer speelruimte mogen zijn. Het maximum van 8 zzp'ers als bedoeld in art. 7 lid 1 Mw zou wellicht iets naar boven kunnen worden bijgesteld. Ik zie echter geen heil in forse sprongen naar boven. Zou men het aantal voor de zzp'ers fors verhogen, dan neemt het risico van merkbare invloed op de interstatelijke handel toe.

Ik vermoed dat ten aanzien van afspraken tussen juist de hele kleine ondernemingen van zzp'ers de andere in art. 7 lid 1 Mw genoemde drempel doorgaans bij € 1,1 miljoen gezamenlijke omzet zal liggen. Dit bedrag oogt erg laag. Ik vraag me bovendien af of het onderscheid tussen de situaties waarin het maximum op € 1,1 miljoen ligt en de situaties waarin het maximum op € 5,5 miljoen is gesteld tegenwoordig nog wel zo helder is. Het onderscheid houdt verband met het zich al of niet in hoofdzaak richten op het leveren van goederen. Los van het punt dat niet direct duidelijk hoeft te zijn hoe men bepaalt of een onderneming zich in hoofdzaak richt op het leveren van goederen, is tegenwoordig zo ongeveer elk onderdeel van de productieketen uit te besteden en gebeurt dit ook. Waar eindigt het bijdragen aan het maken van goederen en waar begint het leveren van goederen? De technische ontwikkelingen hebben dit terrein diffuus gemaakt. Het lijkt me juist om voor eenvoud te kiezen. De genoemde bedragen zijn laag. Mijn suggestie is in art. 7 lid 1 Mw te kiezen voor één bedrag voor de gezamenlijke omzet en de keuze te bepalen op € 5,5 miljoen of wellicht nog iets meer (ik noteer dat het bedrag al jaren gelijk is gebleven en wellicht voor indexering in aanmerking komt).

Ik ben enigszins huiverig hier veel verdergaande suggesties te doen. De mededingingsrechtelijke ruimte valt alleen op communautair niveau waterdicht te krijgen.

Ik doe voorts de suggestie dat de ACM een handleiding op de website plaatst welke is toegesneden op de situatie van de zzp'er en afspraken tussen (slechts) zzp'ers. Deze handleiding zou kunnen verwoorden dat wanneer de betrokken zzp'ers te goeder trouw aannemen dat een afspraak door de voorwaarden genoemd in art. 7 Mw is gedekt, de ACM geen sanctie (voor het verleden) zal opleggen. Maar nogmaals, als de interstatelijke handel in het geding is, is er geen sprake van een algehele ‘buut vrij’.

De derde vraag: *Zijn er andere oplossingen mogelijk?*

Het werknemersbegrip ligt voor de toepassing van het mededingingsrecht vast. Ik zou daar ook niet aan willen tornen. Wij lopen met onze holistische benadering van het werknemersbegrip mooi in de pas met de benadering van het thema door het HvJ. Ik beschouw dit als een positief punt.

De vormgeving van besloten netwerken is in beginsel aan de marktpartijen zelf. Het wettelijk instrumentarium is er al. Mijn suggestie is dat er een op de zzp'er gerichte website komt met informatie over als besloten netwerk bedoelde samenwerkingsvormen met *best practices* op het punt van de aanpak en voorwaarden en een Q&A met antwoorden op veel voorkomende vragen. Het gaat mij er om de drempel zo laag mogelijk te leggen. De uiteindelijke keus is en blijft aan de zzp'er zelf.

Er is natuurlijk altijd de mogelijkheid om het aangaan van een (vast) dienstverband aantrekkelijker te maken. Met aantrekkelijk maken doel ik onder meer op het terugdringen van het verschil tussen ‘bruto’ en ‘netto’ (met gevolgen voor de fiscaliteit en het gebouw van de sociale zekerheid) en het voor de werkgever minder risicovol maken van het dienstverband (denk aan dossiers als het ontslagrecht en het loondoorbetalingsrisico bij ziekte). Dit thema vormt evenwel in dit *paper* geen voorwerp van gesprek.

De vierde vraag: *Waarom wordt er geen gebruik gemaakt van de bagatelregeling van 10%?*

Ik verwijs naar de bespreking in par. 4.3 van de door Panteia in 2014 uitgevoerde evaluatie van de ruimte die art. 7 lid 2 Mw biedt. Het geen gebruik maken van de bagatelregeling van 10% lijkt samengevat voort te vloeien uit onbekendheid, onduidelijkheid en onzekerheid. Ik zie geen reden waarom dit oordeel uit 2014 nu drie jaar later anders zou liggen en ik vermoed dat deze laatste gedachte al helemaal opgeld doet voor zzp'ers.

De vijfde vraag: *Hoeveel ruimte is er in EU-verband om van het kartelverbod af te wijken?*

Ook deze vraag ligt primair op het bord van de auteur van het *paper* met een mededingingsrechtelijke invalshoek. Ik meen dat er slechts een veilige c.q. veilig te maken marge is als afspraken geen potentieel effect op de interstatelijke handel hebben.

Zou ik de uitkomsten van dit *paper* in één zin moeten samenvatten, dan kom ik in de Engelse taal tot het motto: *If you can't beat competition law, join your competitors.*