

ANNOTATIE

Bindende minimumtarieven voor echte zelfstandigen: een analyse van Nederlands en Europees recht

HvJ EU 4 juli 2019, C-377/17, ECLI:EU:C:2019 (Commissie/Duitsland)

Femke Laagland

1 Inleiding, probleemstelling en opzet

Het onderwerp zelfstandige zonder personeel (zzp'er) staat in Nederland hoog op de agenda. Dat verbaast niet. Het aandeel zzp'ers op de Nederlandse arbeidsmarkt is de afgelopen jaren explosief gestegen.¹ In het regeerakkoord uit 2017 kondigde het kabinet een aantal maatregelen aan gericht op een versterking van de rechtspositie van de zzp'er. Opzienbarend was de maatregel van het bewijsvermoeden. Iedere persoon die werk verrichtte tegen een tarief van 16 euro of minder, zou worden beschouwd als werknemer, tenzij het tegendeel kon worden bewezen. De maatregel bleek in strijd met het Unierecht. Als alternatief kwam de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) met het voorstel van een wettelijk minimumtarief voor zelfstandigen van 16 euro per uur. Op 15 juni 2020 maakte de minister in de vijfde Voortgangsbrief bekend dat ook dit voorstel geen doorgang vindt.² Hoewel de doelstelling om zelfstandigen te beschermen via een minimumtarief op steun kon rekenen in politiek, wetenschap en maatschappij, bestond kritiek op de uitvoering, die zeer gedetailleerd regelde hoe het uurtarief moest worden berekend.³ Tegelijkertijd met de intrekking van het voorstel riep de minister de sociale partners op om voor zelfstandigen minimumtarieven overeen te komen. Deze collectieve tariefafspraken kunnen eventueel via een algemeen verbindendverklaring voor de betreffende branche bindend worden verklaard.

- 1 In 2003 waren er 634.000 zelfstandigen zonder personeel, in 2011 waren dat er 875.000 en in 2019 1.101.000. Het aandeel zelfstandigen met personeel bleef relatief stabiel met 319.000 in 2003 en 344.000 in 2019. Zie [cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-zzp/hoofdcategorieen/ontwikkelingen-zzp](https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-zzp/hoofdcategorieen/ontwikkelingen-zzp).
- 2 Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Voortgangsbrief werken als zelfstandige, d.d. 15 juni 2020.
- 3 Via www.internetconsultatie.nl/minimumbeloningzelfstandigen zijn de openbare reacties op de voorstellen te vinden. Het advies van het Adviescollege Toetsing Regeldruk is beschikbaar via www.atr-regeldruk.nl/wet-minimumtarief-zelfstandigen-en-zelfstandigenverklaring/.

Ook Duitsland tracht bindende minimumtarieven voor zelfstandigen te realiseren. In Duitsland zijn de honoraria van zelfstandige architecten en ingenieurs vastgelegd in de Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (hierna: de HOAI).⁴ Deze wettelijke regeling leidde tot het Europese arrest Commissie/Duitsland van 4 juli 2019. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU of kortweg Hof) overwoog dat de Duitse regeling in strijd was met de vrijheid van vestiging. Tegen de achtergrond van dit arrest wordt in deze annotatie onderzocht hoe de Nederlandse initiatieven zich verhouden tot het Europese recht. De opbouw is als volgt. Nadat de feiten, de conclusie van de advocaat-generaal (A-G) en het oordeel van het Hof zijn uiteengezet (paragraaf 2), worden het arrest en de relevantie daarvan voor Nederland geanalyseerd binnen de systematiek van de vrijheid van vestiging (paragraaf 3.1) en de vrijheid van diensten (paragraaf 3.2). Daarna is er aandacht voor het mededingingsrecht, dat ook van Europese oorsprong is. Aan een algemeenverbindendverklaring ligt immers een afspraak tussen ondernemingsverenigingen ten grondslag. Onderzocht wordt onder welke omstandigheden het mededingingsrecht collectieve tariefafspraken toelaat (paragraaf 3.3) en op welke juridische grondslag een algemeenverbindendverklaring mogelijk is (paragraaf 3.4.). De annotatie sluit af met aanbevelingen voor een Nederlandse coherente aanpak die strookt met het Europese recht (paragraaf 4). De analyse richt zich op *echte* zelfstandigen. Hiermee wordt bedoeld op werkenden die naar Europees recht als zelfstandigen en dus ondernemingen kwalificeren.⁵

2 Procesverloop

2.1 Achtergrond van de zaak en standpunten van partijen

In de Duitse HOAI is een stelsel van bindende minimum- en maximumtarieven ingesteld voor diensten die architecten en ingenieurs verrichten op het gebied van ruimtelijke ordening, projectplanning en gespecialiseerde planning.⁶ Volgens de Europese Commissie (hierna: de Commissie) is het verplichte tariefsysteem van de HOAI in strijd met het Europese recht. De Commissie start in juni 2015 een inbreukprocedure tegen Duitsland. In het kader van deze procedure maakt de Commissie op 23 juni 2017 de zaak aanhangig bij het Hof van Justitie wegens niet-nakoming van artikel 258 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). De Commissie verzoekt het Hof vast te stellen dat Duitsland, door verplichte honoraria te stellen voor architecten en ingenieurs, de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten krachtens de vrijheid van vesti-

4 Zie Bundesgesetzblatt 2013, deel I, nr. 37, p. 2276. Online te raadplegen via www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB&jumpTo=bgbl113s2276.pdf.

5 Schijnzelfstandigen in de zin van het arrest FNV KIEM zijn niet het onderwerp van deze annotatie en komen alleen aan de orde ter afbakening van de groep echte zelfstandigen. Schijnzelfstandigen vallen namelijk buiten de Dienstenrichtlijn (overweging 87 preambule) en het mededingingsrecht (HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:4211 (FNV KIEM)).

6 Zie Bundesgesetzblatt 2013, deel I, nr. 37, p. 2278. In deel 1, paragraaf 3, lid 1 HOAI wordt bepaald dat de honoraria voor basisdiensten op het gebied van ruimtelijke ordening, projectplanning en gespecialiseerde planning bindend zijn geregeld in de delen 2 tot en met 4 van de HOAI.

Femke Laagland

ging (artikel 49 VWEU) en de uitwerking daarvan in artikel 15 Dienstenrichtlijn.⁷ Ter onderbouwing wijst de Commissie erop dat de prijsregeling van de HOAI de toegang tot de Duitse markt belemmert voor nieuwe dienstverrichters uit andere lidstaten. Voor deze groep dienstverrichters is het al moeilijker om Duitse cliënten te werven, en de verplichte prijsstelling beperkt hen in hun mogelijkheden op prijs te concurreren. Deze belemmering zou niet te rechtvaardigen zijn met een beroep op het algemeen belang.

De Duitse overheid komt met verschillende verweren. Het meest vergaande verweer luidt dat het zou gaan om een zuiver interne situatie die niet beoordeeld kan worden tegen de achtergrond van de vrijheid van vestiging en de Dienstenrichtlijn. Duitsland verwijst naar documenten van de beroepsorganisaties van architecten en ingenieurs waaruit zou blijken dat de HOAI de toegang tot de Duitse markt niet belemmert en de vrijheid van vestiging op het grondgebied van die lidstaat niet beperkt. Voor het geval dat de vrijheid van vestiging en de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn, is volgens Duitsland geen sprake van een schending. Dit standpunt onderbouwt Duitsland door erop te wijzen dat de HOAI slechts minimum- en maximumtarieven vastlegt voor basisdiensten inzake de planning van oppervlakten, gebouwen en andere gespecialiseerde planning. Partijen kunnen daarentegen vrij onderhandelen over de honoraria voor adviesdiensten. In aanvulling benoemt Duitsland dat de HOAI voorziet in een groot aantal uitzonderingen om af te wijken van de tariefregeling, zodat in elk concreet geval een passend honorarium kan worden overeengekomen. Hieruit zou blijken dat de HOAI een zeer flexibele regeling is en marktdeelnemers uit andere lidstaten in staat stelt onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging tot de Duitse markt toe te treden.

Als al sprake zou zijn van een belemmering, dan wordt het tariefsysteem gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, met name het waarborgen van de kwaliteit van de planningsdiensten, de consumentenbescherming, de architecturale veiligheid, de instandhouding van de architecturale cultuur en de ecologische bouwwijze. Volgens Duitsland is het belangrijkste doel van de HOAI een hoge kwaliteitsstandaard te waarborgen voor de diensten van architecten en ingenieurs. De minimum- en maximumtarieven zijn geschikt om het beoogde kwaliteitsdoel te bereiken, omdat er een verband bestaat tussen de prijs van de dienst en de kwaliteit daarvan. Zo heeft een grote werklust die door hooggekwalificeerd personeel wordt uitgevoerd tot gevolg dat de gehanteerde prijs hoger wordt. Wanneer de prijs onder een bepaald niveau duikt, kan volgens Duitsland worden verondersteld dat deze prijs enkel mogelijk is door diensten van een lager kwaliteitsniveau te verrichten. Aangezien de onvoldoende geïnformeerde consumenten niet in staat zijn om kwaliteitsverschillen te onderkennen, zullen zij stevast kiezen voor het financieel gunstigste aanbod. Gelet op deze informatie-asymmetrie tussen de dienstverrichters en de consumenten, in combinatie met een groot aantal dienstverrichters op de markt, kunnen dienstverrich-

7 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

ters praktisch enkel nog concurreren en winst maken door diensten van mindere kwaliteit aan te bieden. Indien minimumtarieven wettelijk worden vastgelegd, wordt het belang van de prijs als concurrentiefactor beperkt. Hierdoor wordt volgens Duitsland een achteruitgang van de kwaliteit van de diensten voorkomen.

De door de Commissie voorgestelde alternatieve maatregelen zijn volgens Duitsland niet geschikt om de verplichte tarieven van de HOAI te vervangen. De Commissie haalt een verklaring van de Europese Raad van Kamers van ingenieurs uit 2015 aan. In deze verklaring worden systemen die een uniforme, voorspelbare en transparante vergoeding waarborgen voor bepaalde soorten diensten positief beschreven, terwijl de daarvoor vastgestelde tarieven niet bindend worden vastgesteld. Ook kan Duitsland bijvoorbeeld regels inzake beroepskwalificaties en beroepsaansprakelijkheid vaststellen. Volgens de Commissie volgt hieruit dat minder beperkende maatregelen dan die van de HOAI het mogelijk maken om de door Duitsland beoogde doelen te bereiken.⁸

2.2 Conclusie A-G Szpunar

De A-G merkt op dat de Commissie in haar opmerkingen steeds verwijst naar zowel artikel 15 Dienstenrichtlijn als artikel 49 VWEU. Dit is volgens de A-G niet nodig. De Dienstenrichtlijn vormt namelijk een bijzondere vorm van harmonisatie, omdat deze richtlijn niet op een positieve wijze normen harmoniseert, maar als doel heeft belemmeringen voor de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en voor het vrij verrichten van diensten te verwijderen. Zodra de feiten binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn vallen, hoeven deze dus niet meer op basis van de verdragsbepalingen te worden onderzocht. De regels van de Dienstenrichtlijn vormen dan ook het rechtskader voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de HOAI met de vrijheid van vestiging, aldus de A-G. Daarna overweegt de A-G dat de eis van vaste minimum- en maximumtarieven een belemmering vormt. Artikel 15 lid 2 onder g Dienstenrichtlijn heeft specifiek als doel vaste minimum- en maximumtarieven tegen te gaan door dergelijke maatregelen als belemmeringen te omschrijven.

Volgens de A-G rechtvaardigt Duitsland de belemmering niet. De A-G is kritisch over de vijf redenen van algemeen belang die Duitsland inroept. Volgens de A-G kan uit de rechtspraak van het Hof worden afgeleid dat al deze vijf gronden dwingende redenen van algemeen belang kunnen vormen. Hij begrijpt echter niet hoe het betoog van Duitsland samenhangt met de veiligheid van gebouwen, het behoud van *Baukultur* en het doel van ecologisch bouwen. Duitsland had specifiek moeten aanvoeren waarom en hoe de litigieuze maatregelen tot de verwezenlijking van die doelstellingen leiden. De A-G aanvaardt dan ook enkel de consumentenbescherming en de waarborging van een hoog kwaliteitsniveau als dwingende redenen van algemeen belang.

8 Het valt op dat de Hongaarse overheid bij beslissing van de president van het Hof van 7 november 2017 is toegelaten tot interventie aan de zijde van Duitsland. Uit het arrest blijkt dat Hongarije zich aansluit bij het betoog van Duitsland. Het arrest verduidelijkt niet wat de beweegredenen van Hongarije zijn om te interveniëren.

Femke Laagland

Wat betreft de minimumtarieven is de A-G van mening dat Duitsland de geschiktheid van de litigieuze bepalingen niet heeft aangetoond. Zo stelt hij dat minimumtarieven naar hun aard niet geschikt zijn om de gewenste kwaliteit van de diensten te bereiken. De geschiktheid van de minimumtarieven om de kwaliteit van de betrokken diensten te bevorderen moet per geval worden aangetoond, rekening houdend met alle omstandigheden. Duitsland schiet op dit punt tekort. De A-G betoogt dat Duitsland niet bewijst dat de afschaffing van de minimumtarieven tot een lager kwaliteitsniveau zou leiden, maar dat Duitsland dit veronderstelt en zijn betoog op die veronderstelling heeft opgebouwd. Ook het technisch deskundigenbewijs dat Duitsland over de vaststelling van de tarieven heeft overgelegd, staft de argumentatie niet. Zo wordt nergens bewezen dat een regeling zonder minimumtarieven zou leiden tot marktfalen, waarbij diensten van goede kwaliteit van de markt zouden verdwijnen en worden vervangen door diensten van mindere kwaliteit. Zelfs wanneer zou worden aangenomen dat de minimumtarieven van de HOAI geschikt zijn om het doel van kwaliteit van de dienstverlening te bereiken, zijn de maatregelen niet noodzakelijk. Enkel wanneer Duitsland zou bewijzen dat alternatieve maatregelen niet de doelstellingen van kwaliteit van diensten en consumentenbescherming bereiken, zou als *ultima ratio* kunnen worden overwogen of minimumtarieven die doelstellingen kunnen verwezenlijken.

Het valt op dat de A-G zich bij de beoordeling van de minimumtarieven voornamelijk richt op de kwaliteitsbevordering als doelstelling en pas bij noodzakelijkheid de consumentendoelstelling afzonderlijk in de beoordeling betreft. De consumentenbescherming als dwingende reden van algemeen belang wordt wel uitgebreid getoetst bij de maximumtarieven. De A-G oordeelt dat maximumtarieven weliswaar geschikt zijn om het doel van consumentenbescherming te bereiken, maar dat Duitsland wederom niet heeft aangetoond dat met andere, minder beperkende maatregelen (zoals prijsrichtsnoeren) hetzelfde resultaat kan worden bereikt.

2.3 Oordeel Hof van Justitie

Het Hof stelt vast dat de HOAI eerst dient te worden onderzocht uit het oogpunt van artikel 15 Dienstenrichtlijn; daarna wordt de regeling in voorkomend geval getoetst aan artikel 49 VWEU. In het verlengde daarvan wijst het Hof het argument van Duitsland af dat artikel 15 Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op zuiver interne situaties. Het Hof verwijst hiervoor naar het arrest X en Visser uit 2018, waarin reeds is geoordeeld dat de bepalingen van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn, betreffende de vrijheid van vestiging van dienstverrichters, mede van toepassing zijn op een situatie waarvan alle relevante aspecten zich binnen één lidstaat afspelen.⁹

In lijn met de A-G oordeelt het Hof dat de tariefstelling uit de HOAI in strijd is met artikel 15 Dienstenrichtlijn. Wat betreft het maximumtarief volgt het Hof de

9 HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (X en Visser Vastgoed Beleggingen), punt 110.

A-G; het maximumtarief stuit af op de constatering dat met prijsrichtsnoeren hetzelfde resultaat kan worden bereikt. De argumentatie verschilt echter wezenlijk met betrekking tot het minimumtarief. Een eerste verschil betreft de acceptatie van de redenen van algemeen belang. Het Hof accepteert alle door Duitsland opgeworpen redenen.¹⁰ Tevens is het Hof in tegenstelling tot de A-G van mening dat Duitsland voldoende heeft aangetoond dat de vaststelling van minimumtarieven een geschikte maatregel kan vormen om een hoog kwaliteitsniveau van een dienst te garanderen. Volgens het Hof kan de oplegging van minimumtarieven in een markt zoals de Duitse architectenmarkt (waarin sprake is van informatie-asymmetrie) verhinderen dat diensten worden aangeboden tegen prijzen die op lange termijn onvoldoende zijn om de kwaliteit ervan te verzekeren.¹¹ Het argument van de Commissie dat de prijs als zodanig geen aanwijzing voor de kwaliteit van de dienst vormt, houdt volgens het Hof dan ook geen stand. Daarnaast oordeelt het Hof – wederom anders dan de A-G – dat Duitsland niet hoeft te bewijzen dat een afschaffing van de minimumtarieven zou resulteren in een vermindering van de kwaliteit. Duitsland hoeft slechts aan te tonen dat de HOAI op significante wijze kan bijdragen aan de nagestreefde doelen door het risico van achteruitgang van de kwaliteit van de planningsdiensten te beperken. Meer in het algemeen overweegt het Hof met betrekking tot de op Duitsland rustende bewijslast:

‘In het bijzonder volgt daaruit [art. 15 Dienstenrichtlijn; FL] dat het weliswaar de taak is van de lidstaat die zich ter rechtvaardiging van een eis in de zin van dat artikel 15 op een dwingende reden van algemeen belang beroept, om aan te tonen dat zijn regeling passend en noodzakelijk is ter bereiking van de nagestreefde rechtmatige doelstelling, maar deze bewijslast niet zo zwaar kan zijn dat deze lidstaat positief moet aantonen dat met geen enkele andere voorstelbare maatregel die doelstelling onder dezelfde omstandigheden kan worden verwezenlijkt (...). Een dergelijke eis zou de betrokken lidstaat de facto beroven van zijn reglementaire bevoegdheid op het betrokken gebied.

Dat geldt des te meer omdat, zoals de Bondrepubliek Duitsland opmerkt, een lidstaat in staat moet zijn om een “te beoordelen eis” te rechtvaardigen door een dwingende reden van algemeen belang vanaf de invoering van deze eis, en dus per definitie zonder noodzakelijkerwijs te beschikken over empirische bewijzen van het daarmee bereikte resultaat in vergelijking met dat van andere maatregelen.’¹²

- 10 Wel benadrukt het Hof dat de verwezenlijking van de doelstellingen van veiligheid van bouwwerken, instandhouding van de architecturale cultuur en ecologische bouwwijze rechtstreeks verband houden met de kwaliteit van de planningswerken, waardoor zowel de geschiktheid van de HOAI om die eerste drie doelstellingen te verwezenlijken als haar noodzakelijkheid om deze te bereiken moet worden erkend indien vast komt te staan dat de HOAI geschikt en noodzakelijk is om de kwaliteit van de planningswerken te waarborgen (zie punt 75).
- 11 Uit de punten 79-80 volgt dat de Duitse markt wordt gekenmerkt door een zeer groot aantal marktdeelnemers dat actief is op de markt van planningsdiensten op het gebied van bouwwerken, en door een grote informatie-asymmetrie tussen de dienstverrichters en de consumenten.
- 12 Zie punt 64. Deze algemene overweging geldt voor zowel het minimum- als het maximumtarief.

Femke Laagland

Dit oordeel van het Hof staat haaks op hetgeen de A-G betoogde. Zoals eerder vermeld, overwoog de A-G dat Duitsland moest bewijzen (als de geschiktheid al zou zijn komen vast te staan) dat de doelstellingen van kwaliteitsbevordering en consumentenbescherming niet met alternatieve maatregelen konden worden bereikt. Alleen wanneer dat bewijs zou zijn geleverd, kon als *ultima ratio* worden overwogen of de minimumtarieven uit de HOAI die doelstellingen kunnen verwezenlijken. Het Hof is op dit punt een stuk milder gestemd. Dat het voor Duitsland alsnog fout afloopt, heeft te maken met de geschiktheid van het minimumtarief en, met name, de daaruit voortvloeiende eis van coherentie. De omstandigheid dat planningsdiensten in Duitsland kunnen worden aangeboden door dienstverrichters die hun beroepsbekwaamheid ter zake niet hebben aangetoond, wijst volgens het Hof op een incoherentie in de Duitse regelgeving uit het oogpunt van het met de minimumtarieven nagestreefde doel van een hoog kwaliteitsniveau. Het Hof overweegt om deze reden dat Duitsland niet heeft aangetoond dat de in de HOAI vastgelegde minimumtarieven geschikt zijn om een hoog kwaliteitsniveau van de planningsdiensten te verzekeren en de consumentenbescherming te garanderen. Deze argumentatie is niet terug te lezen in de conclusie van de A-G.

3 Commentaar

3.1 Bindende minimumtarieven en de vrijheid van vestiging

Artikel 49 VWEU garandeert het recht van vrije vestiging binnen de Europese Unie. In de Dienstenrichtlijn uit 2006 is de vrijheid van vestiging, samen met de vrijheid van diensten, nader uitgewerkt. De Dienstenrichtlijn vormt een atypische wijze van harmoniseren. Het gaat niet om positieve harmonisatie, maar om het wegwerken van belemmeringen; de richtlijn volgt in die zin de logica van negatieve integratie. Het nationale arbeids- en socialezekerheidsrecht vallen buiten het bereik (artikel 1 lid 6 Dienstenrichtlijn).¹³ Dat geldt niet voor nationale maatregelen gericht op zelfstandigen. In een spraakmakend arrest uit 2018 overwoog het Hof dat artikel 15 Dienstenrichtlijn ook van toepassing is op een situatie waarvan alle relevante aspecten zich binnen een lidstaat afspelen.¹⁴ Bovendien heeft de bepaling rechtstreekse werking.¹⁵ Dit betekent, kort gezegd, dat Nederlandse zzp'ers, hun brancheorganisaties en/of opdrachtgevers Nederlandse bindende minimumtarieven voor de nationale rechter kunnen aanvechten met een beroep op artikel 15 Dienstenrichtlijn.

Onder de klassieke test van artikel 49 VWEU dient het Hof van Justitie eerst vast te stellen dat sprake is van een beperking. Dat is op grond van artikel 15 Dienstenrichtlijn niet nodig, omdat lid 2 onder g regelt dat zowel minimum- als

13 Beide rechtsgebieden vallen wel onder de vrijheid van vestiging; zie o.a. de arresten Viking en AGET Iraklis. Om de vrijheid van vestiging te activeren dient – in tegenstelling tot artikel 15 Dienstenrichtlijn – sprake te zijn van een grensoverschrijdend effect.

14 Zie noot 9.

15 Artikel 15 Dienstenrichtlijn is een evaluatiebepaling gericht tot lidstaten. Desondanks heeft het Hof van Justitie de bepaling rechtstreekse werking toegekend; zie X en Visser Vastgoed Beleggingen uit 2018 (noot 19, punt 130).

maximumtarieven beperkingen zijn. Een tariefbepaling is slechts toegestaan indien de maatregelen (1) zonder discriminatie worden toegepast, (2) hun rechtvaardiging vinden in een dwingende reden van algemeen belang, (3) geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en (4) niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel, terwijl dat doel niet met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt (artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn). Dat de HOAI niet discrimineert, staat in de onderhavige zaak niet ter discussie. Discussie bestaat wel over de overige drie voorwaarden. Deze drie voorwaarden worden in deze paragraaf geanalyseerd en geplaatst in het licht van de Nederlandse initiatieven tot invoering van een bindend minimumtarief bij wet dan wel via het algemeen verbindend verklaren van een collectieve tariefafspraken.

• *Dwingende redenen van algemeen belang*

Artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn kent een open begrip van dwingende redenen van algemeen belang. Dwingende redenen van algemeen belang worden door het Hof doorgaans als een gegeven beschouwd. Ook in het onderhavige arrest hanteert het Hof een ruime benadering en accepteert het alle door Duitsland genoemde redenen. Hiermee is echter niet gezegd dat iedere gekozen reden Europeesrechtelijke legitiem is. Nederland streeft met een bindend minimumtarief andere publieke belangen dan Duitsland na. Het gaat Nederland om de bescherming van zzp'ers tegen sociale dumping en armoede.¹⁶ In een arrest uit 2012 erkende het Hof met betrekking tot de vrijheid van diensten 'de bescherming van werkenden daaronder begrepen zelfstandige dienstverleners' als doelstelling die kan gelden als dwingende reden van algemeen belang.¹⁷ Men kan hieruit niet afleiden dat de bescherming van zelfstandigen tegen sociale dumping als zodanig een reden van algemeen belang betreft.¹⁸ Het arrest had betrekking op administratieve verplichtingen ter voorkoming van fraude en schijnzelfstandigheid, en de zinsnede moet in dat verband worden geplaatst. Het tegengaan van sociale dumping is gericht op de economische positie van de zelfstandige. Het is algemene rechtspraak van het Hof dat algemene belangen niet (puur) economisch van aard kunnen zijn. Uit het feit dat het Hof van Justitie in het arrest Laval het tegengaan van sociale dumping met betrekking tot werknemers als dwingende reden van algemeen belang heeft geaccepteerd,¹⁹ valt niets af te leiden, omdat werknemers

16 Zie ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Voortgangsbrief werken als zelfstandige, d.d. 15 juni 2020, p. 5, en de toelichting bij het conceptwetsvoorstel minimumbeloning zelfstandigen.

17 HvJ EU 19 december 2012, C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814 (Commissie/België), punt 28.

18 El Harchaoui neemt op basis van dit arrest zelfs aan dat de bescherming van zelfstandigen als zodanig een algemeen belang betreft (Y. El Harchaoui, Kanttekeningen bij het minimumtarief voor zelfstandigen, TAP 2019, 227, p. 7). Naar mijn mening dient de bescherming van zelfstandigen altijd te worden geconcretiseerd en zal de bescherming als zodanig niet als algemeen belang worden geaccepteerd. De concretisering bepaalt vervolgens of sprake is van een algemeen belang.

19 HvJ EU 18 december 20017, zaak C-341/03, ECLI:EU:C:2007:809 (Laval).

Femke Laagland

werken onder gezag en in die zin wezenlijk van echte zelfstandigen verschillen.²⁰ Ook A-G Szpunar is in zijn conclusie bij het Dobersberger-arrest uit 2019 zeer kritisch over de acceptatie van sociale dumping als dringende reden van algemeen belang. Een te ruime toepassing van het begrip sociale dumping zou volgens hem neerkomen op niets minder dan de bescherming van de binnenlandse industrie tegen goedkopere concurrentie uit een andere lidstaat, welke bescherming op grond van het Unierecht normaal niet kan worden gehandhaafd. Hij stelt expliciet dat de noodzaak om sociale dumping te voorkomen niet kan worden ingeroepen tegen een dienstverlener die de mogelijkheden van de interne markt in zijn economisch voordeel en dat van zijn klant aanwendt.²¹

Het tegengaan van sociale dumping met als doel armoede te voorkomen acht ik kansrijker. Deze doelstelling ligt in het verlengde van de beschermingsgedachte, maar is erop gericht dat zelfstandigen niet in armoede leven en noodgedwongen een beroep moeten doen op de sociale zekerheid. De preambule van de Dienstenrichtlijn benoemt het sociaal beleid en de handhaving van het financieel evenwicht van het socialezekerheidsstelsel expliciet als algemeen belang. Ook de Sociale Pijler uit 2019 heeft betrekking op de verbetering van kwetsbare werkenden, onder wie zelfstandigen.²² Het onderscheid tussen het tegengaan van sociale dumping als zodanig en het tegengaan van sociale dumping ter voorkoming van armoede is van belang, omdat de beoordeling van de geschiktheid en noodzakelijkheid plaatsvindt binnen de context van het algemeen belang. Staat het armoederisico centraal, dan ligt een tarief gebaseerd op het bestaansminimum voor de hand, terwijl bij de bescherming van zelfstandigen in het algemeen eenvoudiger kan worden aangesloten bij tarieven die gebruikelijk zijn in een sector.²³

• *Geschiktheid*

Hoewel het Hof alle door Duitsland aangevoerde redenen van algemeen belang accepteert, vat het Hof ze vervolgens samen onder de noemers van kwaliteitsverbetering en consumentenbescherming. Het gaat voor Duitsland uiteindelijk mis op de geschiktheid van de maatregel. Het Hof overweegt dat het minimumtarief de verwezenlijking van het algemeen belang niet coherent en systematisch

- 20 Vergelijk A-G Wahl in zijn conclusie bij het arrest FNV KIEM. Hij overweegt: 'De reden voor het door de opstellers van de Verdragen gemaakte onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen is vrij eenvoudig: de wijze waarop de beroepsactiviteiten van deze twee groepen worden georganiseerd en uitgeoefend, verschilt als regel sterk' (A-G De Wahl 11 september 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2215, punt 43).
- 21 A-G Szpunar 29 juli 2019, C-16/18, ECLI:EU:C:2019:638 (Dobersberger), punten 29-31. In punt 32 van de conclusie lijkt de A-G aan te nemen dat sociale dumping wel aan de Detacheringsrichtlijn ten grondslag ligt. Ik vermoed dat hij met zijn betoog bedoelt te zeggen dat dit belang – ook in de Detacheringsrichtlijn – restrictief moet worden uitgelegd omdat de vrijheid van diensten sociale dumping als zodanig niet ondersteunt.
- 22 Zie artikelen 12 en 14 van de Sociale Pijler.
- 23 Een vervolgvraag is hoe wordt bepaald wat gebruikelijk is in de betreffende markt. Ik meen dat hiervoor niet kan worden aangesloten bij de salarissen van werknemers, omdat – zoals gezegd – werknemers en echte zelfstandigen niet met elkaar te vergelijken zijn. Ik laat dit punt verder rusten, omdat in mijn optiek aansluiting moet worden gezocht bij het bestaansminimum.

nastreeft, omdat aan de dienstverrichters geen kwaliteitseisen zijn gesteld.²⁴ De voorwaarde van een coherent systeem vloeit niet expliciet voort uit de tekst van artikel 15 Dienstenrichtlijn, maar heeft het Hof in zijn rechtspraak van de afgelopen jaren aan de geschiktheidseis verbonden.²⁵

Een belangrijke overweging van het Hof is echter dat een minimumtarief als zodanig *kan* bijdragen aan een kwaliteitsverbetering op een markt met veel marktdeelnemers en informatie-asymmetrie tussen dienstverleners en consumenten. Duitsland hoeft dus geen causaal verband tussen de maatregel en de doelstelling aan te tonen, hetgeen complexe kwantitatieve analyses had vereist. Hoewel uit het onderhavige arrest niet valt af te leiden dat een minimumtarief als zodanig geschikt is voor het tegengaan van sociale dumping ter voorkoming van armoede, verwacht ik dit wel. In het arbeidsrecht hanteren lidstaten al jaren met succes minimumlonen (in wet of cao) om dit doel voor werknemers te bereiken. Wanneer het Hof het tegengaan van sociale dumping wegens het armoederisico als algemeen belang accepteert, zou het (mij) verbazen als het Hof vervolgens oordeelt dat een minimumtarief geen geschikte maatregel is. Uiteraard moet de maatregel wel coherent en systematisch zijn. Om deze reden was in het Nederlandse conceptwetsvoorstel voor publieke handhaving gekozen. Nederland kan lastig stellen dat een generiek bindend minimumtarief voor de maatschappij dusdanig belangrijk is indien tegelijkertijd wordt gesteld dat individuele zelfstandigen de regels privaat moeten handhaven. Bij het algemeen verbindend verklaren van collectieve tariefafspraken is de coherentie geborgd doordat de branchepartijen bij de totstandkoming en dus ook de handhaving zijn betrokken.

- *Noodzakelijkheid*

Naast geschikt moet de maatregel noodzakelijk zijn in het licht van de reden van algemeen belang. De noodzakelijkheid bestaat uit twee aspecten: (1) de maatregel mag niet verder gaan dan noodzakelijk is (proportionaliteit in *stricto sensu*), en (2) het doel moet niet met minder beperkende maatregelen kunnen worden bereikt. In Commissie/Duitsland volgt de noodzakelijkheid uit de informatie-asymmetrie binnen de architectenmarkt, waardoor sprake is van een gevaar voor de consumentenbescherming. Zoals blijkt uit het citaat in paragraaf 2.3, stelt het Hof ten aanzien van de bewijslast voorop dat artikel 15 Dienstenrichtlijn niet vereist dat een lidstaat moet bewijzen dat met geen enkele andere voorstelbare maatregel dan een minimumtarief het algemeen belang onder dezelfde omstandigheden kan worden verwezenlijkt. Een lidstaat heeft dus een bepaalde mate van beoordelingsvrijheid. Deze beoordelingsvrijheid lijkt te zijn ingegeven door het ontbreken van

24 Onderhavige zaak verschilt in die zin van het arrest Cipolla, waar de tariefstelling voor advocaten de toets wel lijkt te doorstaan (het uiteindelijke oordeel is uiteraard aan de nationale rechter). In Cipolla golden voor de advocaten ook beroepsvoorschriften, zoals regels voor de organisatie, de kwalificatie, gedrag, toezicht en aansprakelijkheid (HvJ EG 5 december 2006, C-94/04-C-202/04, ECLI:EU:C:2006:758 (Cipolla)).

25 J. Langer & W. Sauter, Het coherentievereiste in het Unierecht, SEW 2018, 55, p. 138-148.

Femke Laagland

wetenschappelijk bewijs met betrekking tot de effecten van alternatieve maatregelen.²⁶

Spijtig is dat niet duidelijk wordt wat de bewijslast bij het minimumtarief concreet inhoudt.²⁷ Het Hof komt aan de beoordeling niet toe omdat het voor het minimumtarief al fout loopt op de geschiktheid van de maatregel.²⁸ De motivering met betrekking tot het maximumtarief illustreert evenwel dat de bewijslast toch nog wel het nodige kan inhouden. Het Hof oordeelt dat Duitsland niet heeft aangetoond waarom het verstrekken van prijsrichtsnoeren niet zou volstaan om naar behoren aan de doelstellingen van consumentenbescherming en kwaliteitsbehoud te voldoen. Ik vind dit oordeel lastig te plaatsen in de algemene passages inzake de bewijslast (zie het citaat in paragraaf 2.3). Het oordeel doet vermoeden dat het Hof meent dat ten aanzien van prijsrichtsnoeren wel (wetenschappelijk) bewijs voorhanden is met betrekking tot het effect. Wat dat bewijs dan is, maakt het arrest niet duidelijk. Het lijkt erop dat het Hof het effect van prijsrichtsnoeren meer als algemene bekendheid beschouwt. Een en ander maakt het lastig te voorspellen tot hoever de beoordelingsvrijheid van Nederland reikt bij een bindend minimumtarief dat als doel heeft sociale dumping vanwege armoede tegen te gaan. Uit de algemene bewijslastformulering kan echter wel worden afgeleid dat het Hof niet van Nederland verwacht alle alternatieven qua effect empirisch in kaart te brengen voordat wordt besloten tot een bindend minimumtarief.

Interessant is tot slot de vraag of een Nederlands minimumtarief generiek van aard moet zijn of zich juist moet toespitsen op branches waar (een risico op) armoede bestaat. Deze vraag is niet eenvoudig te beantwoorden. Hoewel een generiek minimumtarief alle zelfstandigen bereikt die werken tegen een tarief tegen of onder de armoedegrens, heeft de publieke handhaving tot gevolg dat alle zelfstandigen te maken krijgen met een administratieplicht, ook zelfstandigen in branches die boven de 16 euro per uur verdienen. Om die reden zou men kunnen stellen dat de maatregel verder gaat dan noodzakelijk is en een wettelijk minimumtarief per branche ook voldoet. Aan de andere kant bereikt een wettelijk minimumtarief per branche niet per definitie iedere zelfstandige die onder het bestaansminimum verdient, en is het daardoor mogelijk weer niet coherent en dus geschikt. Juist omdat aan beide varianten voor- en nadelen zijn verbonden, is het van belang om bij de onderbouwing van de maatregel rekening te houden met

26 Deze motivering hanteert het Hof vaker; vergelijk HvJ EG 14 juli 1983, C-174/82, ECLI:EU:C:1983:213 (Sandoz); HvJ EG 6 juni 1984, C-97/83, ECLI:EU:C:1984:412 (Melkunie).

27 Hoe ver de beoordelingsvrijheid strekt, is op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie lastig in te schatten. Zie wat betreft het arbeidsrecht mijn artikel Member States' Sovereignty in the Socio-Economic Field: Fact or Fiction, ELLJ 2018, 1, p. 50-72.

28 In haar noot bij het arrest beschouwt Said de evenredigheid als een hoge drempel bij de rechtvaardiging van een minimumtarief; zij stelt dat lidstaten specifiek en nauwkeurig bewijs moeten leveren. Ik vermoed dat zij doelt op de geschiktheid en niet zozeer op de noodzakelijkheid, aangezien het Hof zich over de noodzakelijkheid niet concreet uitlaat en bovendien in de genoemde algemene bewijspassages aan de lidstaten juist beoordelingsruimte laat (S. Said in JAR 2019, 205).

deze aspecten. Als een collectieve tariefafspraken algemeen verbindend wordt verklaard, verwacht ik overigens geen problemen met de noodzakelijkheid. In dat geval ligt het initiatief bij de sociale partners en is het logisch dat de tariefafspraken op een specifieke branche betrekking heeft. Het Hof van Justitie zal niet snel oordelen dat niet de collectieve partners maar de overheid het initiatief had moeten nemen. De verhouding tussen overheid en sociale partners is toch vooral een nationale aangelegenheid, zoals recent goed duidelijk werd in het voorstel van de Commissie voor een Richtlijn inzake een minimumloon voor werknemers.²⁹

3.2 *Cumulatie met de vrijheid van diensten*

De vrijheid van diensten onderscheidt zich van de vrijheid van vestiging in die zin dat de dienstverlener in het buitenland is gevestigd en slechts voor een bepaalde duur in Nederland een dienst verricht. Een in de Nederlandse wet vastgelegd minimumtarief is in beginsel niet van toepassing op de buitenlandse dienstverlener die tijdelijk in Nederland werkzaam is. Op de overeenkomst tot opdracht is het buitenlandse recht van toepassing (artikel 4 Rome I Verordening). Dit is anders als de nationale regeling een voorrangregel is (artikel 9 Rome I Verordening). Bij een voorrangregel geldt naast de vrijheid van vestiging ook de vrijheid van diensten, zoals uitgewerkt in artikel 16 Dienstenrichtlijn. Het onderscheid is relevant, omdat artikel 16 Dienstenrichtlijn – in tegenstelling tot artikel 15 Dienstenrichtlijn – slechts vier limitatieve gronden van algemeen belang accepteert.³⁰ Ook speelt bij de vrijheid van diensten de wederzijdse loyaliteit een rol, hetgeen inhoudt dat de nationale regel niet op buitenlandse dienstverleners kan worden toegepast als het algemeen belang al door regels in het land van herkomst wordt beschermd. Kortom: het is mogelijk dat een nationale maatregel de toets van artikel 15 Dienstenrichtlijn doorstaat, maar sneuvelt op grond van artikel 16 Dienstenrichtlijn. In deze paragraaf staat centraal wanneer de vrijheid van diensten van toepassing is en in hoeverre de vrijheid van diensten ten opzichte van de vrijheid van vestiging een afwijkend toetsingskader creëert voor bindende minimumtarieven.

Anders dan bij artikel 15 Dienstenrichtlijn vereist artikel 16 Dienstenrichtlijn een grensoverschrijdend aspect. Nederlandse zzp'ers, hun brancheorganisaties en/of opdrachtgevers kunnen Nederlandse bindende minimumtarieven niet aanvechten op grond van artikel 16 Dienstenrichtlijn als het geschil zich geheel binnen Nederland afspeelt.³¹ Deze belemmering geldt niet voor de Commissie, die een lidstaat op grond van artikel 258 VWEU aanspreekt wegens niet-nakoming van Unierecht. In dat verband is het opvallend dat de Commissie zich in de procedure tegen Duitsland niet ook op artikel 16 Dienstenrichtlijn beroept. Beide toetsings-

29 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adequate minimum wages in the European Union, COM(2020)682 final (28 oktober 2020).

30 Dit zijn redenen van openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid en bescherming van het milieu (artikel 16 lid 1 derde alinea onder b Dienstenrichtlijn).

31 Dit wordt 'omgekeerde discriminatie' genoemd. Nationale onderdanen kunnen, bij het ontbreken van een grensoverschrijdend effect, geen beroep doen op het vrije verkeersartikel en kunnen zo in een slechtere positie verkeren dan onderdanen uit andere lidstaten.

Femke Laagland

kaders kunnen immers naast elkaar worden toegepast.³² Het kan zijn dat de HOAI geen voorrangsregel betreft en dus niet van toepassing is op buitenlandse dienstverrichters die tijdelijk in Duitsland een dienst verrichten. De wet vermeldt hier niets over. Rond dezelfde tijd als onderhavige procedure diende evenwel een andere zaak over de HOAI bij het Hof, waarin de nationale rechter in zijn prejudiciële vragen wel artikel 16 Dienstenrichtlijn betrok.³³

• *De zaak Hapeg Dresden*

De zaak betrof een geschil tussen twee Duitse civiele partijen. Na de voltooiing van de werkzaamheden voor de renovatie en reconstructie van een gebouw brengt Hapeg Dresden aan de Duitse opdrachtgever een bedrag in rekening conform de minimumtarieven van de HOAI. Dit bedrag lag hoger dan de vergoeding die tussen partijen was overeengekomen en de opdrachtgever weigert het hogere bedrag te betalen. Hapeg Dresden verzoekt bij de Duitse rechter nakoming van de HOAI. De rechter is van oordeel – mede gelet op de door de Commissie gestarte nakomingsprocedure tegen Duitsland – dat de HOAI in strijd zou kunnen zijn met Unierecht en buiten toepassing moet blijven. De rechter stelt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie en richt zijn vragen op de uitleg van zowel artikel 15 Dienstenrichtlijn als artikel 16 Dienstenrichtlijn. Het Hof herformuleert de prejudiciële vragen echter in die zin dat nog enkel artikel 15 Dienstenrichtlijn centraal staat en oordeelt – met verwijzing naar het dan inmiddels gewezen arrest Commissie/Duitsland – dat het minimumtarief in de HOAI in strijd is met artikel 15 Dienstenrichtlijn. Het Hof maakt niet duidelijk waarom artikel 16 Dienstenrichtlijn er niet toe doet. Aan de conclusie van de A-G zijn evenmin aanknopingspunten te ontleen, omdat de zaak zonder conclusie is afgedaan. Verschillende argumenten zijn denkbaar. Ten eerste was het arrest Commissie/Duitsland al gewezen en was duidelijk dat de HOAI in strijd was met artikel 15 Dienstenrichtlijn, hetgeen toetsing aan artikel 16 Dienstenrichtlijn overbodig maakt. Ten tweede waren alle aspecten van de zaak met Duitsland verbonden, zodat een grensoverschrijdend aspect ontbrak en artikel 16 Dienstenrichtlijn niet van toepassing was.

Deze zaak biedt ons dus evenmin indicaties over het toetsingskader van artikel 16 Dienstenrichtlijn. Interessant is wel dat het ministerie van SZW namens Nederland in deze zaak intervenieerde.³⁴ Het ministerie betoogde op grond van artikel 16 Dienstenrichtlijn dat met een minimumtarief voor zelfstandigen de menselijke

32 In 2016 overwoog het Hof in het arrest Commissie/Hongarije: ‘In dit verband moet het bezwaar van de Hongaarse regering worden afgewezen dat artikel 16 van richtlijn 2006/123 niet meer van toepassing is wanneer een nationale maatregel tegelijkertijd dit artikel en de bepalingen van deze richtlijn betreffende de vrijheid van vestiging kan schenden, en dat de mogelijkheid dat grensoverschrijdende diensten worden verleend zuiver theoretisch is, of dat dit althans in de praktijk veel minder vaak voorkomt dan dat gebruik wordt gemaakt van de vrijheid om zich in de betrokken lidstaat te vestigen om aldaar diensten te verlenen’ (HvJ EU 23 februari 2016, C-179/16, ECLI:EU:C:2016:108).

33 HvJ EU 6 februari 2020, C-137/18, ECLI:EU:C:2020:84 (Hapeg Dresden).

34 Deze stukken zijn niet openbaar, maar op verzoek door het ministerie van SZW aan de auteur toegezonden.

waardigheid kan worden nagestreefd, hetgeen zou vallen onder een van de limitatieve redenen van algemeen belang, namelijk de openbare orde. Het lijkt alsof het ministerie via deze weg een oordeel hoopte te krijgen over de motivering van het inmiddels ingetrokken conceptwetsvoorstel minimumtarief zelfstandigen. In het conceptwetsvoorstel was expliciet vermeld dat het minimumtarief van toepassing was op buitenlandse dienstverrichters die tijdelijk in Nederland werkzaam waren. Kortom, Nederland kwalificeerde de wettelijke bepaling als voorrangregel, met als gevolg dat Nederland het minimumtarief moest kunnen rechtvaardigen op grond van artikel 16 Dienstenrichtlijn. Sociale dumping komt in de limitatieve lijst met redenen van algemeen belang niet voor, maar openbare orde wel. Maar ook als het Hof wel op artikel 16 Dienstenrichtlijn zou zijn ingegaan, acht ik onwaarschijnlijk dat het Nederlandse betoog in de uitleg zou zijn betrokken. Het is ietwat vreemd als interveniënt een algemeen belang op te werpen dat niet aan de litigieuze nationale regeling (hier: de Duitse HOIA) ten grondslag ligt. Het Nederlandse betoog acht ik overigens wel kansrijk. Met een bindend minimumtarief wordt beoogd kwetsbare dienstverleners met een laag inkomen te beschermen en daarmee een menswaardig bestaan, zonder armoede, te garanderen. Hoewel het Hof van Justitie het begrip openbare orde eng uitlegt, valt goed te beargumenteren dat het beschermen van de menswaardigheid onder het bereik valt. Voor wat betreft de geschiktheid en noodzakelijkheid kan vervolgens worden aangesloten bij de vrijheid van vestiging en mijn overwegingen aldaar (zie paragraaf 3.1.).

• *Verhouding tot artikel 9 Rome I Verordening*

De vraag rijst nog wel of in het kader van de noodzakelijkheid kan worden betoogd dat het algemeen belang niet opgaat voor buitenlandse dienstverrichters. Zij werken immers slechts tijdelijk in Nederland en keren na de klus terug naar hun herkomstland met een eigen (vaak lager) welvaartsniveau. Zoals gezegd, is een nationale regel alleen op buitenlandse dienstverrichters van toepassing als het om een voorrangregel gaat. De definitie is neergelegd in artikel 9 lid 1 Rome I Verordening. Het gaat om bepalingen ‘aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht (...) van toepassing is op de overeenkomst’. In feite komt men pas toe aan artikel 16 Dienstenrichtlijn als sprake is van een voorrangregel. Echter, wanneer ervan wordt uitgegaan dat de nationale regeling valt onder de openbare orde ex artikel 16 Dienstenrichtlijn (zie hiervoor), is mijns inziens ook sprake van een voorrangregel ex artikel 9 Rome I Verordening.³⁵ Ook artikel 9 Rome I Verordening spreekt over het openbaar belang en het ligt voor de hand het openbaar belang niet wezenlijk anders uit te leggen dan de openbare orde. In het verlengde lijkt mij ook aan de noodzakelijkheid voldaan. Het heeft iets paradoxaals een nationale

35 Ook algemeen verbindend verklaarde collectieve afspraken kunnen van openbare orde zijn. Dit is bijvoorbeeld ook het geval bij de Detacheringsrichtlijn en de harde kern-arbeidsvoorwaarden uit algemeen verbindend verklaarde cao's.

Femke Laagland

regel als voorrangregel te kwalificeren als dezelfde regel vervolgens niet voldoet aan de noodzakelijkheid omdat de buitenlandse dienstverrichters slechts tijdelijk in Nederland zijn. Dit geldt temeer omdat de Dienstenrichtlijn het internationaal privaatrecht gemoeid laat (zie artikel 3 lid 2 Dienstenrichtlijn).

Bovendien ontkomt Nederland er mijns inziens niet aan een bindend minimumtarief als voorrangregel te duiden. Blijft dit uit, dan zullen Nederlandse opdrachtgevers namelijk al snel uitwijken naar buitenlandse zelfstandigen die lagere tarieven mogen rekenen. Dat maakt dat het bindend minimumtarief de verwezenlijking van het algemeen belang niet coherent en systematisch nastreeft, omdat armoede door sociale dumping nog steeds mogelijk is. Sterker nog: het risico bestaat dat de Nederlandse zelfstandigen hun werk verliezen omdat zij vanwege het bindende minimumtarief niet in staat zijn de concurrentie aan te gaan. We stuiten dan dus op een probleem in het licht van artikel 15 Dienstenrichtlijn en de in de vorige paragraaf besproken geschiktheidseis.³⁶

3.3 Publieke belangen in het mededingingsrecht

Door de intrekking van het conceptwetsvoorstel minimumtarief zelfstandigen is in Nederland de nadruk verschoven van het wetgevings- naar het collectieve niveau. Collectieve tariefafspraken kunnen worden gemaakt tussen zelfstandigen onderling (horizontaal), of tussen zzp-brancheorganisaties en opdrachtgeversorganisaties (verticaal). De oproep van de minister van SZW ziet op de laatste variant.³⁷ Het toetsingskader van artikelen 15 en 16 Dienstenrichtlijn geldt ook indien de minister van SZW collectieve afspraken algemeen verbindend verklaart. Daarnaast is het mededingingsrecht van toepassing.³⁸ Hoewel het mededingingsrecht zich op ondernemingen richt, mag de overheid afspraken die in strijd zijn met het mededingingsrecht niet algemeen verbindend verklaren.³⁹ Dit volgt uit artikel 3 lid 4 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en wordt de 'nuttig effect'-doctrine genoemd. In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre het mededingingsrecht ten opzichte van de verkeersvrijheden als een extra juridische hobbel te beschouwen is.

- 36 Artikel 16 Dienstenrichtlijn is niet van toepassing, omdat geen sprake is van een grensoverschrijdend element; het minimumtarief is namelijk niet van toepassing op buitenlandse dienstverleners. Problemen doen zich dan echter voor bij de toepassing van artikel 15 Dienstrichtlijn.
- 37 De bagatelbepaling blijft hierdoor buiten toepassing. Deze uitzondering op het kartelverbod is vooral relevant voor afspraken tussen zelfstandigen onderling.
- 38 Voor de schijnzelfstandigen uit FNV KIEM heeft de ACM in de Leidraad bepaald dat zij – net als werknemers – buiten het mededingingsrecht en dus het kartelverbod vallen. Deze bepaling in de Leidraad is voor dit onderzoek echter niet relevant, omdat het onderzoek zich richt op echte zelfstandigen.
- 39 Er bestaat strijdigheid met artikel 101 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 4 lid 3 VEU, wanneer een lidstaat het tot stand komen van met artikel 101 VWEU strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt 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 laten. Vergelijk HvJ EG 5 december 2006, C-94/04-C-202/04, ECLI:EU:C:2006:758 (Cipolla), punt 47.

- *Uitzondering van artikel 6 lid 3 Mededingingswet*

Verticale tariefafspraken voor echte zelfstandigen zijn zogenoemde *hardcore* restricties en als doelbeperking per definitie in strijd met het kartelverbod. Een uitzondering geldt indien de contractspartijen kunnen aantonen dat (1) de afspraak efficiëntievoordelen oplevert, (2) de efficiëntievoordelen voor een deel ten goede komen aan afnemers, (3) de concurrentiebeperking niet verder gaat dan strikt noodzakelijk is, en (4) er voldoende concurrentie overblijft. Deze wettelijke uitzondering is neergelegd in artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet (Mw), waarvan de formulering gelijk is aan artikel 101 lid 3 VWEU. In de Leidraad tariefafspraken zelfstandigen uit juli 2020 werkt de Autoriteit Consument en Markt (ACM) de criteria nader uit.⁴⁰

Het eerste criterium betreft de efficiëntievoordelen. Een voordeel van een tariefafpraak is de verbetering van de economische omstandigheden voor de zelfstandigen zelf. Dit aspect vervult – net als bij de verkeersvrijheden – geen rol binnen het mededingingsrecht. Het moet gaan om objectieve voordelen, die het subjectieve standpunt van de contractspartijen overstijgen. Wel geeft de ACM een ruime uitleg aan het begrip efficiëntievoordelen. De wet spreekt van voordelen die ‘bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang’. Een minimumtarief valt hier volgens de ACM onder als de afspraak leidt tot een objectief gerechtvaardigd niveau van sociale bescherming. Reden is dat sociale dumping ertoe kan leiden dat uiteindelijk iedereen in een bepaalde branche onder het bestaansminimum werkzaam is. Ook de samenleving als geheel kan hierdoor schade lijden, omdat de zzp’ers bij een tegenslag direct een beroep moeten doen op collectieve sociale voorzieningen. De branchevereniging moet het bestaansniveau dat zij door middel van tariefafspraken wil garanderen, onderbouwen.⁴¹ De Leidraad doet een aantal suggesties en verwijst naar algemeen aanvaarde normen van instanties zoals het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen of het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting. Op welke algemene normen wordt gedomd, is (mij) onduidelijk. Bovendien bepaalt de Leidraad dat de efficiëntievoordelen van de tariefafspraken moeten worden onderbouwd en zo mogelijk gekwantificeerd. Publieke belangen zijn echter niet eenvoudig te kwantificeren. Hier bestaat een belangrijk verschil met de verkeersvrijheden. Zoals onder meer blijkt uit het

40 De eerste versie van de Leidraad tariefafspraken zelfstandigen dateert van oktober 2019. De ACM heeft de Leidraad in juli 2020 aangepast nadat de minister bekendmaakte het concept-wetsvoorstel minimumbeloning in te trekken. De Leidraad is te raadplegen op www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-tariefafspraken-zzpers.

41 ACM, Tariefafspraken zzp’ers, 20 juli 2020, punt 60. De Leidraad is niet helder op dit punt. De Leidraad doet het in punt 60 voorkomen alsof de zzp’ers voor de efficiëntieverbetering het bestaansniveau moeten bewijzen dat zij met de tariefafspraken willen garanderen. Wat het bestaansniveau is, lijkt mij eerder onderdeel van het derde criterium in de zin dat de maatregel (hier de tariefafspraken) niet verder gaat dan noodzakelijk is. Het bestaansniveau rechtvaardigt immers de hoogte van het minimumtarief. Voor de efficiëntievoordelen is het bestaansniveau wellicht van belang om aan te tonen dat de groep zzp’ers dit niveau niet behaalt, wat duidt op sociale dumping, hetgeen met een minimumtarief kan worden tegengaan. Zo staat het echter niet in de Leidraad omschreven.

Femke Laagland

arrest Commissie/Duitsland hoeft bij de verkeersvrijheden niet te worden bewezen dat het publieke belang economisch een voordeel oplevert.

De economische benadering is ook inherent aan het tweede criterium: een billijk deel van de efficiëntievoordelen moet toevallen aan de (in)directe afnemers van de dienst. Vooral laaggeschoolde zzp'ers kunnen lastig voldoen aan deze eis. Denk aan de zelfstandige pakketbezorger uit het arrest Yodel van het Hof van Justitie.⁴² Een pakketbezorger zal niet in staat zijn te voorkomen dat het hogere tarief door zijn opdrachtgever aan de consument wordt doorberekend. Dat betekent dat de consument – die de hogere prijs betaalt – voor die verhoging moet worden gecompenseerd, bijvoorbeeld door een betere kwaliteit of 'andere voordelen'. Bij laaggeschoolde arbeid zal vaak geen directe kwaliteitsverbetering zijn aan te wijzen, zodat de kwaliteitsverbetering moet blijken uit het feit dat de consument bereid is de hogere prijs te betalen.⁴³ Uit een tweetal zaken met betrekking tot duurzaamheid blijkt hoe lastig dat te bewijzen is.⁴⁴ Ook het derde criterium is niet eenvoudig te bewijzen. Dit criterium richt zich op de noodzakelijkheid en kent overeenkomsten met de verkeersvrijhedentoets. De uitwerking is ditmaal alleen op ondernemingen toegerust. Zo wordt als minder verstrekkend alternatief verwezen naar de Code Verantwoordelijk Marktgedrag.⁴⁵ Deze code doet een moreel appèl op bedrijven om weg te blijven van louter tenderen op de laagste prijs en is juridisch niet afdwingbaar. Deze uitleg kent het risico dat opdrachtgevers – vooral diegenen met inkoopmacht – in codes 'zachte' afspraken zullen maken om tariefafspraken met zzp'ers uit de weg te kunnen gaan.

Tot slot moet restconcurrentie resteren. Het collectieve minimumtarief mag niet alle betrokken zzp'ers omvatten; er moet concurrentie overblijven. Deze uitleg staat haaks op het gestelde efficiëntievoordeel: het voorkomen van sociale dumping. Dit efficiëntievoordeel wordt immers enkel bereikt via marktbrede tariefafspraken in een betreffende branche. Zou het anders zijn, dan kan de opdrachtgever alsnog in zee met zzp'ers die een lager tarief rekenen en blijft het risico op sociale dumping bestaan. Nu kunnen ook andere parameters leiden tot restconcurrentie. Denk aan kwaliteit, service, snelheid en beschikbaarheid. Het valt niet uit te sluiten dat deze aspecten in bepaalde branches aan gewicht winnen zodra voor zzp'ers een minimumtarief geldt. Er zullen echter ook branches zijn waar deze aspecten er weinig toe doen, zoals in branches met laaggeschoolde arbeid.

42 HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288 (Yodel).

43 De maatschappij kan duurzame producten hoger waarderen dan niet-duurzame producten, omdat zij belang hechten aan de doelen die daarmee worden gediend (R. Claassen e.a., Brede kijk op mededingingsrecht gewenst, *Me Judice* 2015, 2).

44 Dat het lastig is publieke belangen mee te nemen in de beoordeling blijkt uit twee zaken waarover de ACM zich heeft uitgelaten: Oude kolencentrales en de Kip van morgen. Zie hierover: Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken 'De Kip van Morgen', 26 januari 2015; ACM, 'Notitie over sluiting vijf kolencentrales in SER Energieakkoord', 26 september 2013.

45 De Code Verantwoordelijk Marktgedrag is te raadplegen op: www.codeverantwoordelijkmarktgedrag.nl/media/244774/codeboekjeweb-2014.pdf.

- *Rol van de overheid*

Artikel 6 lid 3 Mw toont aan hoe lastig het is om algemene belangen, zoals het tegengaan van sociale dumping en het armoederisico, een plek te geven binnen het mededingingsrecht. Dat is in die zin niet vreemd omdat het mededingingsrecht is gericht op ondernemingen, terwijl het behartigen van algemene belangen primair een taak van de overheid is. Dat brengt mij op de rol van de overheid binnen het mededingingsrecht. Betoogd kan worden dat de algemeenverbindendverklaring binnen de systematiek van artikel 6 lid 3 Mw extra waarde toekent aan het publieke belang (eerste criterium). De contracterende partijen zullen dan wel moeten afspreken dat de tariefafpraak pas na de algemeenverbindendverklaring afdwingbaar wordt. Het is nu immers de algemeenverbindendverklaring die ervoor zorgt dat aan het eerste criterium is voldaan. Deze benadering heeft tot gevolg dat de tariefafpraak voorafgaand aan de algemeenverbindendverklaring niet kan gelden tussen de contractspartijen en hun leden. Wel kan de algemeenverbindendverklaring eventueel met terugwerkende kracht worden vastgesteld.

Een algemeenverbindendverklaring kan ook relevant zijn bij toepassing van de Wouters-doctrine, ook wel de leer van de inherente beperkingen genoemd.⁴⁶ Deze leer is gebaseerd op rechtspraak van het Hof van Justitie. Het gaat daarbij om afspraken die een beperking opleveren voor de mededinging, maar die inherent noodzakelijk zijn voor het bereiken van een ander doel dat – op een of andere wijze – bij wetgeving is opgedragen of gereguleerd. De Wouters-doctrine vertoont verwantschap met de beoordeling van algemene belangen in het vrije verkeer; de toetst zoals het Hof die toepast in het arrest Commissie/Duitsland. Het valt op dat de Leidraad tariefafspraken zelfstandigen geen aandacht besteedt aan de Wouters-doctrine. Reden kan zijn dat het leerstuk van de inherente beperkingen in de Europese jurisprudentie niet duidelijk is uitgekristalliseerd.⁴⁷ Het Hof heeft de Wouters-doctrine slechts in enkele zaken daadwerkelijk toegepast en hanteert de criteria niet steeds op dezelfde wijze.⁴⁸ Wel blijkt uit de rechtspraak dat van overheidswege sprake moet zijn van enige bemoeienis in het vaststellen van een kader op basis waarvan de tariefafpraak tot stand komt. Hier komt de algemeenverbindendverklaring om de hoek kijken. Men zou kunnen betogen dat

46 HvJ EU 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (Wouters). Zie in de Nederlandse literatuur over de Wouters-doctrine o.a. J.W. van de Gronden, De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht, Tijdschrift voor Europees en economisch recht 2015, 11.

47 Om die reden achtte de minister van Economische Zaken de Wouters-doctrine niet geschikt om als grondslag te dienen voor duurzaamheidsinitiatieven die de mededinging beperken. Zie de toelichting bij de beleidsregel van de minister van Economische Zaken van 30 september 2016, WJZ/16145098.

48 Zie HvJ EU 18 juli 2006, C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492 (Meca-Medina); HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 (OTOC). Dat hardcore restricties als zodanig niet aan de toepassing van de Wouters-doctrine in de weg staan, blijkt uit het arrest Consiglio nazionale dei geologi. Het betrof een maatregel waarmee werd ingegrepen op de prijsvorming van diensten en een resultaat werd bereikt gelijk aan minimumtarieven. Het Hof van Justitie verwees desondanks naar de Wouters-doctrine (HvJ EU 18 juli 2013, C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489).

Femke Laagland

het algemeen belang – het verrichten van werk onder het niveau van een bestaansminimum – door de algemeenverbindendverklaring met overheidsgoedkeuring wordt vastgesteld. Ook dan is de overheid in het vormgeven van het algemeen belang betrokken, maar wel – en dat is anders dan in de bestaande rechtspraak over deze doctrine – aan het einde van het proces. Hierdoor bestaat het risico dat de Nederlandse wetgever de ‘nuttig effect’-norm van artikel 4 lid 3 VEU schendt; de tariefafpraak is op het moment van algemeen verbindend verklaren immers in strijd met het kartelverbod.⁴⁹

3.4 Juridische grondslag van een algemeenverbindendverklaring

De vorige paragraaf laat zien dat de ACM tracht via artikel 6 lid 3 Mw ruimte te creëren voor collectieve minimumafspraken voor echte zelfstandigen. Als de sociale partners hiervan gebruikmaken, dan kan de wens bestaan de tariefafpraak algemeen verbindend te laten verklaren. Een algemeenverbindendverklaring kan voordelig zijn bij toepassing van artikel 6 lid 3 Mw en voor toepassing van de Wouters-doctrine lijkt een algemeenverbindendverklaring zelfs vereist. Dat brengt mij op een laatste vraag: op grond waarvan kan een collectieve tariefafpraak voor echte zelfstandigen in Nederland algemeen verbindend worden verklaard en hoe verhoudt die grondslag zich tot het Europese recht?

• Wet AVV

Er bestaan in Nederland momenteel twee avv-cao's met een minimumtarief voor zelfstandigen: de Architecten-cao⁵⁰ en de Toneel en Dans-cao.⁵¹ In de Architecten-cao is voor zelfstandigen een minimumtarief opgenomen van 150% van wat werknemers voor hetzelfde werk onder dezelfde omstandigheden verdienen.⁵² In de Dans en Toneel-cao is aangesloten bij een verhoging van 40% ten opzichte van het tarief uit de voor werknemers geldende salarisschalen. Hoewel de bepalingen het oog lijken te hebben op schijnzelfstandigen zoals bedoeld in het arrest FNV/KIEM, geldt het minimumtarief voor alle werkenden werkzaam op basis van een opdrachtovereenkomst. Dit kunnen ook echte zelfstandigen zijn. De minister van SZW heeft beide cao's algemeen verbindend verklaard op grond van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV). Het besluit tot algemeenverbindendverklaring is echter beperkt tot de groep schijnzelfstandi-

49 Uit het API-arrest blijkt dat de Wouters-doctrine bij de schending van deze norm mogelijk uitkomst zou kunnen bieden. De toepassing hiervan is echter met tal van onzekerheden omgeven (HvJ EU 4 september 2014, C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-2018/13, ECLI:EU:C:2014:2147 (API)).

50 Besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 13 november 2019 tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst voor Architectenbureaus, Stcrt. 2019, 49452.

51 Besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 augustus 2020 tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst voor Toneel en Dans, Stcrt. 2020, 34565.

52 Eenzelfde benadering ligt ten grondslag aan de Fair Practice Code voor de omroepsector. Deze code – die niet algemeen verbindend is verklaard – is in oktober 2020 tot stand gebracht tussen de NVJ en de publieke omroepen.

gen.⁵³ Echte zelfstandigen vallen dus buiten het bereik van de bindende tariefafspraken uit de Architecten-cao en Dans en Toneel-cao. In het besluit tot het algemeen verbindend verklaren van de Architecten-cao en de Dans en Toneel-cao besteedt de minister geen aandacht aan artikel 6 lid 3 Mw en/of de Wouters-dochtrine. Dat verbaast niet. In de betreffende cao's ontbreekt iedere onderbouwing op dit vlak, terwijl de bewijslast bij de collectieve partners ligt.

Bovendien is onduidelijk of de Wet AVV een juridische grondslag biedt voor het algemeen verbindend verklaren van collectieve minimumtarieven voor echte zelfstandigen. Artikel 2 lid 4 Wet AVV biedt de minister van SZW de mogelijkheid een in een cao vastgestelde tariefafpraak voor zelfstandigen algemeen verbindend te verklaren. De werkgevers- dan wel werknemersorganisaties die partij zijn bij de collectieve arbeidsovereenkomst kunnen hiertoe een verzoek doen. De tekst doet vermoeden dat dit verzoek ook betrekking kan hebben op een tariefafpraak voor echte zelfstandigen. Deze benadering hanteerde de rechtbank Den Haag op een aanverwant terrein: het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds voor personen werkzaam in het schilders-, afwerkings- en glaszetbedrijf.⁵⁴ De staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid stelde bij besluit van 15 september 2015 deelneming verplicht, waardoor afdracht van premies gold voor iedereen die binnen de werkingssfeer viel. Dit betrof zowel werknemers als schijnzelfstandigen en echte zelfstandigen. Een dergelijke verplichtstelling geschiedt op basis van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (Wet Bpf 2000). Deze wet vertoont gelijkenissen met de Wet AVV en staat toe dat de verplichtstelling naast werknemers zelfstandigen omvat (artikel 2 lid 1 Wet Bpf 2000). Het bedrijfstakpensioenfonds was afgesloten door werknemersverenigingen. De branchevereniging Zelfstandigen Bouw (niet betrokken) stelde beroep in bij de rechtbank Den Haag en eiste een verklaring voor recht dat de verplichtstelling van deelneming voor zelfstandigen⁵⁵ nietig was. Volgens de branchevereniging bood de Wet Bpf 2000 geen juridische grondslag voor de verplichtstelling. De rechtbank stelde echter vast dat de werknemersvertegenwoordigers ook echte zelfstandigen vertegenwoordigden en zij ook namens deze groep

53 De ACM definieert schijnzelfstandigen in de Leidraad aan de hand van het *zij-aan-zij*-criterium.

54 Besluit van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot wijziging van de verplichtingstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor het schilders-, afwerkings- en glaszetbedrijf, Stcr. 2015, 31061.

55 Geen onderscheid werd gemaakt tussen schijnzelfstandigen in de zin van FNV KIEM en echte zelfstandigen.

Femke Laagland

optraden tijdens de onderhandelingen.⁵⁶ De verplichtstelling was daarom juridisch toelaatbaar.⁵⁷

Tegen deze redenering valt wel iets in te brengen. De rechtbank maakt geen onderscheid tussen echte zelfstandigen en de FNV KIEM-schijnzelfstandigen. Hiervoor constateerde ik reeds dat ten aanzien van echte zelfstandigen geen sprake is van oneerlijke concurrentie met werknemers. Anders geformuleerd, de bescherming van werknemers kan geen reden zijn om in een cao voor echte zelfstandigen tariefafspraken vast te leggen. Op basis van de Mededingingswet moet de tariefafpraak zijn gericht op het tegengaan van sociale dumping om armoede binnen de groep echte zelfstandigen te bestrijden. Nu is het uiteraard mogelijk dat (afdelingen van) vakbonden echte zelfstandigen als leden hebben en de vakbond met dit doel een minimumtarief in een cao uitonderhandelt. Het is systematisch echter vreemd dat werknemersvertegenwoordigers met echte zelfstandigen onder de leden een verzoek kunnen doen tot een algemeenverbindendverklaring enkel omdat de tariefafpraak voor zelfstandigen in een bedrijfstakpensioenfonds of cao is vastgelegd. Dezelfde mogelijkheid komt immers niet toe aan zzp-branchorganisaties die ondernemersverenigingen zijn, terwijl de werknemersverenigingen dat in feite ook zijn wanneer zij voor echte zelfstandigen optreden.

• *Specifieke juridische grondslag: de Auteurswet*

In de Nederlandse wet is één specifieke grondslag te vinden voor het algemeen verbindend verklaren van tariefafspraken voor echte zelfstandigen. Sinds 2015 regelt artikel 25c lid 2 van de Auteurswet (Aw) dat de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) een billijk tarief voor zelfstandigen in een bepaalde sector binnen de cultuurbranche bindend kan vaststellen op gezamenlijk voorstel van marktpartijen en na een adviesorgaan, de Raad voor cultuur, te hebben gehoord. Deze bepaling is opgenomen met als doel de positie van auteurs, journalisten en uitvoerend kunstenaars (de maker) ten opzichte van de exploitant (de gebruiker) te versterken.⁵⁸ Volgens de wetgever is het commune overeenkomstenrecht niet toegesneden op de ongelijke contractuele relatie tussen makers en exploitanten. Om de exploitatie van het werk, zoals de uitgave van een boek, de vertoning van een filmwerk of de distributie van muziek, mogelijk te maken wordt door de maker aan de exploitant een exploitatiebevoegdheid verleend. De maker is bij deze overeenkomst de zwakkere partij. Hij is voor het toegankelijk maken van zijn werk voor het publiek immers veelal afhankelijk van daarin gespecialiseerde derden, zoals uitgevers, platenmaatschappijen en filmproducenten.

56 Rb. Den Haag 30 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:702 (Zelfstandigen Bouw), punten 5.15-5.20).

57 Overigens oordeelde de rechtbank dat de verplichtstelling voor echte zelfstandigen viel onder het kartelverbod, maar achtte de verplichtstelling toegestaan vanwege de geringe effecten daarvan op de mededinging. De rechtbank verwees ter onderbouwing naar het Europese arrest Pavlov (HvJ EU 12 september 2000, C-180/98-C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (Pavlov)). Deze uitzondering biedt geen soelaas voor collectieve tariefafspraken tussen zelfstandigen, omdat tariefafspraken zogenoemde hardcore beperkingen zijn die als doelbeperking per definitie in strijd zijn met het kartelverbod.

58 Kamerstukken II 2011/12, 33308, nr. 3, p. 1.

Bovendien is de exploitant in de regel een professioneel georganiseerde onderneming waarvoor het sluiten van dergelijke overeenkomsten dagelijkse praktijk is en die over voldoende financiële middelen beschikt om zich juridisch te laten ondersteunen.

Doordat de vaststelling van het bindende minimumtarief een overheidsbesluit is, wordt verzekerd dat het mededingingsrecht buiten toepassing blijft. In het arrest Collino uit 2006 overwoog het Hof van Justitie dat wanneer de uiteindelijke beslissing inzake de tariefstelling bij de overheid ligt, de overheid niet de ‘nuttig effect’-norm van artikel 3 lid 4 VEU overtreedt.⁵⁹ Dit geldt voor de juridische structuur zoals vastgelegd in de Auteurswet. Het zijn namelijk niet de marktpartijen die de afspraak maken; zij geven slechts advies. Het is de minister van OCW die zelfstandig een afweging maakt. Het voorstel van de marktpartijen brengt dus niet mee dat de minister van OCW altijd tot vaststelling conform het advies zal overgaan. Bovendien geldt de tariefafpraak pas als de minister dat bij algemene maatregel van bestuur heeft bepaald.

De benadering van artikel 25c lid 2 Aw brengt het bindende minimumtarief buiten het mededingingsrecht, maar niet buiten het bereik van de verkeersvrijheden. In de parlementaire geschiedenis bij de Auteurswet gaat de wetgever in op het vrije verkeer van goederen. Gedachte is dat een bindend minimumtarief doorwerkt in de prijs van het werk (het goed) en een belemmering van het vrije verkeer van goederen betreft.⁶⁰ De wetgever lijkt ervan uit te gaan dat een maker op grond van de Auteurswet altijd een goed produceert. Ik sluit echter niet uit dat ook sprake kan zijn van dienstverlening. Denk aan de situatie van een journalist die werkt in opdracht van een krant. Deze journalist is werkzaam op basis van een overeenkomst van opdracht. Net als bij architecten – de beroepsgroep in het arrest Commissie/Duitsland – staat de intellectuele capaciteit centraal en niet het stukje papier dat wordt geproduceerd. De nadruk ligt aldus op de dienst en niet op het goed. Indien de minister van OCW voor deze branche bij algemene maatregel van bestuur een bindend minimumtarief vaststelt, is in lijn met het arrest Commissie/Duitsland sprake van een belemmering van artikel 15 Dienstenrichtlijn (en eventueel artikel 16 Dienstenrichtlijn). Dit betekent concreet dat hetgeen hiervoor is overwogen in paragrafen 3.1 en 3.2, van toepassing is. In dat verband is nog interessant dat artikel 25c lid 2 Aw bepaalt dat de vaststelling van het billijke tarief geschiedt met inachtneming van het behoud van culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument. De genoemde doelstellingen illustreren dat artikel 25c lid 2

59 Vergelijk HvJ EG 5 december 2006, C-94/04-C-202/04, ECLI:EU:C:2006:758 (Cipolla), punten 50-53.

60 Hoe de wetgever de toepassing van het vrije verkeer van goederen precies voor ogen heeft, blijkt niet uit de parlementaire geschiedenis. Om het vrije verkeer van goederen te activeren is een grensoverschrijdend element vereist. Dit zou betekenen dat iedere zelfstandige die een werk in Nederland exploiteert, gehouden is aan het door de minister van OCW bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde bindende minimumtarief en dat aldus sprake is van een voorrangsregel in de zin van artikel 9 Rome I Verordening. Ik laat dit aspect verder rusten, omdat deze bijdrage zich op diensten concentreert.

Femke Laagland

Aw – anders dan het conceptwetsvoorstel minimumtarief zelfstandigen – niet primair is bedoeld om sociale dumping ter voorkoming van armoede tegen te gaan. Het behoud van culturele diversiteit is in Commissie/Duitsland geaccepteerd als reden van algemeen belang en biedt mogelijkheden om voor de hoogte van het tarief niet bij het bestaansminimum aan te sluiten, maar te kijken naar wat gebruikelijk is in de branche. De redenering dient dan te zijn dat journalisten zonder billijke vergoeding niet of veel minder in staat zijn kwalitatief hoogstaand maar minder goed verkopend werk te produceren.

4 Naar een coherente Nederlandse aanpak

Het Europese recht biedt Nederland mogelijkheden om voor echte zelfstandigen bindende minimumtarieven vast te stellen via de wet of het algemeen verbindend verklaren van collectieve afspraken. Bij de verkeersvrijheden staat een kwalitatieve uitleg voorop. Het arrest Commissie/Duitsland biedt een indicatie dat Nederland niet hoeft te bewijzen dat andere minder verstrekkende maatregelen geen oplossing bieden om sociale dumping ter voorkoming van armoede tegen te gaan. Er bestaat een zekere beoordelingsvrijheid indien economisch onderzoek ontbreekt. Wel is bepalend dat het minimumtarief aansluit bij het bestaansniveau, omdat voor echte zelfstandigen sociale dumping alleen een legitiem doel is wanneer het wordt ingezet om armoede te bestrijden. Het is onduidelijk of de noodzakelijkheid ertoe leidt dat een wettelijk minimumtarief per sector te verkiezen valt boven een generiek minimumtarief. Voor Nederland heeft deze discussie haar relevantie verloren nu de minister van SZW het initiatief voor minimumtarieven heeft neergelegd bij de sociale partners. De minister van SZW voegt daardoor wel een juridisch puzzelstukje toe aan de discussie: collectieve tariefafspraken moeten de toets van het mededingingsrecht doorstaan voordat ze algemeen verbindend kunnen worden verklaard. Waar de verkeersvrijheden ervan uitgaan dat de markt als zodanig goed functioneert en geen correctie via regels behoeft, is bij het mededingingsrecht het omgekeerde het geval. Het mededingingsrecht gaat uit van marktfalen waartegen de consument via regels, zoals het kartelverbod, bescherming behoeft. Dit afwijkende perspectief heeft tot gevolg dat publieke belangen via het huidige mededingingsrecht lastig te realiseren zijn. Hoewel de ACM een positieve grondhouding inneemt waar het een minimumtarief voor zelfstandigen betreft, steunt de bewijslast tot op heden veelal op een kwantitatieve analyse van de effecten van het minimumtarief. Ook de Wouters-doctrine is vooralsnog met de nodige juridische onzekerheden omgeven.

Als de minister van SZW via het collectieve niveau daadwerkelijk wil komen tot bindende minimumtarieven voor echte zelfstandigen, dan blijkt uit de paragrafen 3.3. en 3.4. van deze bijdrage dat een enkele oproep aan de sociale partners onvoldoende is. Ook op wetgevingsniveau moet de minister tot actie overgaan. Twee routes zijn denkbaar. Allereerst kan worden aangesloten bij de mogelijkheden die het mededingingsrecht biedt. De minister dient in dat geval een wettelijk kader te creëren voor het algemeen verbindend verklaren van collectieve tariefafspraken

voor echte zelfstandigen, omdat de Wet AVV hiertoe naar mijn mening niet volstaat. De vraag is echter of marktpartijen binnen de huidige systematiek van het mededingingsrecht zoals geschetst in paragraaf 3.3. collectieve tariefafspraken zullen durven af te sluiten. Ik voel daarom meer voor de tweede route: het doortrekken van de benadering uit artikel 25c lid 2 Aw naar sectoren waarbinnen sociale dumping tot armoede onder echte zelfstandigen leidt. Deze benadering houdt het mededingingsrecht buiten de deur, zodat wordt volstaan met een toetsing aan artikelen 15 en 16 Dienstenrichtlijn. Eén aspect moet in het oog worden gehouden. In branches buiten de Auteurswet zal de dringende reden van algemeen belang doorgaans enkel op het voorkomen van armoede zijn gericht. Het minimumtarief kan daarom geen billijk tarief zijn, maar dient aan te sluiten bij het bestaansniveau.