

WERKEN MET NETWERKEFFECTEN

Jorn Kloostra¹

1. Inleiding

De geschiedenis leert ons dat mensen al eeuwenlang samenwerken in allerlei verbanden. Bij zijn beschouwingen over het werken in netwerken maakt Leonard een onderscheid tussen besloten en open netwerken.² Bij open netwerken heeft hij platformarbeid op het netvlies. Dit thema is de afgelopen jaren voer voor discussie, waarbij de meeste aandacht vooralsnog uitgaat naar de vraag of platformwerkers werknemer of zelfstandige zijn. De kwestie heeft iets weg van een schaakpartij. De spelers moeten reageren op de zet van de opponent, maar dienen tevens vooruit te denken en zodoende te anticiperen op toekomstige manoeuvres. Komt een rechter tot de conclusie dat de platformwerker van een bepaald platform werknemer is, dan is de discussie daarmee nog lang niet beslecht. Het platform kan zijn businessmodel namelijk zodanig aanpassen dat het de situatie weer anders maakt.³ Leonard wijst daarbij terecht op de regiefunctie die rechtspraak heeft.⁴ Platform(werkers) bewegen zich, afhankelijk van de inrichting van het businessmodel, voortdurend op het terrein van het arbeidsrecht en het mededingingsrecht. Gedurende de partij moeten de spelers goed nadenken over hun zetten en niet vergeten het gehele speelbord te overzien. Het is naast het denken in businessmodellen, ook de juridische uitdaging zich op verschillende rechtsgebieden te begeven. Een van de lessen van Leonard is het belang

1 Mr. J. (Jorn) Kloostra is docent Arbeidsrecht en promovendus aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

2 Zie over besloten netwerken: L.G. Verburg, *Werken in netwerken*, Position paper aan de vaste commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 31 januari 2017 over het passend zijn en de houdbaarheid van de Mededingingswet in relatie tot de (groei van het aantal) zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers).

3 Onlangs bijvoorbeeld de proef in Australië om chauffeurs zelf het tarief te laten betalen: <https://www.afr.com/policy/economy/uber-considers-letting-drivers-set-prices-20201125-p56hwi>.

4 L.G. Verburg, 'Platformarbeid in Nederland' in B. Bierens e.a., *Onderneming en digitalisering* (Onderneming en recht nr. 116) (Congresbundel), onder redactie van C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & I.V. Aronstein, Deventer: Wolters Kluwer 2019, §6.5.

over de grenzen van de ‘eigen’ discipline te kijken. Het verbaast dan ook niet dat dit thema de aandacht van Leonard trekt.

Er is de afgelopen tijd het nodige geschreven over arbeidsrechtelijke aspecten van platformarbeid. In deze bijdrage breng ik een in de arbeidsrechtelijke literatuur nog niet zozeer belicht deel van het speelveld in beeld. In zijn bijdrage over platformarbeid merkt Leonard op dat het platform in staat is de markt waarop het actief is zelf te definiëren en vervolgens te streven naar dominantie. Het verwerven van die dominantie is in zijn woorden de sleutel tot succes.⁵ Als het platform eenmaal de grootste is dan kan dat voor de platformwerkers problematisch zijn. De dominante positie maakt het mogelijk de voorwaarden te dicteren, terwijl er weinig tot geen alternatieven voor handen zijn. Hoewel collectiviteit daar in het arbeidsrecht normaliter een tegenwicht aan biedt, steekt het mededingingsrecht daar een stokje voor als platformwerkers zelfstandigen zijn. Leonard geeft aan dat platformen bij het verwerven van die dominante positie gebruikmaken van netwerkeffecten.⁶ Maar wat zijn precies deze netwerkeffecten en welke rol hebben ze bij het werken in netwerken? Dat is het startpunt van deze bijdrage. Vervolgens belicht ik enkele bijkomende mededingingsrechtelijke aspecten. Aan het eind bespreek ik enkele initiatieven van andere EU-lidstaten om misbruik van economische afhankelijkheid tegen te gaan.

2. Netwerkeffecten

De digitalisering heeft de afgelopen decennia veranderingen met zich gebracht. Van de top tien beursgenoteerde bedrijven is het merendeel inmiddels een technologisch georiënteerd bedrijf. Bedrijven als Amazon, Apple en Google zijn in relatief korte tijd uitgegroeid tot grootmachten.⁷ Ook op de arbeidsmarkt zien we de opkomst van bedrijven die gebruik maken van de digitalisering. Arbeidsrechtelijk richt de aandacht zich voornamelijk op het digitale platform waarop vraag en aanbod naar werk

5 L.G. Verburg, ‘Platformarbeid in Nederland’ in B. Bierens e.a., *Onderneming en digitalisering* (Onderneming en recht nr. 116) (Congresbundel), onder redactie van C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & I.V. Aronstein, Deventer: Wolters Kluwer 2019, §6.1.

6 L.G. Verburg, *Platformarbeid in Nederland* in B. Bierens e.a., *Onderneming en digitalisering* (Onderneming en recht nr. 116) (Congresbundel), Onder redactie van C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & I.V. Aronstein, Deventer: Wolters Kluwer 2019, §6.1.

7 ‘Big Tech’ plaatst overheden wereldwijd voor vraagstukken. Op het moment van schrijven onderzoekt ‘Brussel’ bijvoorbeeld of, en zo ja hoe, deze ondernemingen te beteugelen zijn.

bijeenkomen. Er wordt een open netwerk gecreëerd voor zowel aanbieders als afnemers van werk. Wanneer ik hierna spreek van platformen, doel ik specifiek op dit soort platformen.

Het betreft ondernemingen die partijen aan beide zijde van de markt bedienen. Ze zijn met andere woorden te kenschetsen als een tweezijdige markt die twee te onderscheiden groepen bedienen.⁸ Ze presenteren zich als bemiddelaar tussen aanbieders en afnemers van een dienst of goed. Het platform is de centrale speler in de transactie en via waar de communicatie verloopt. Er is een netwerk dat partijen verbindt en in beginsel voor alle partijen waarde oplevert.⁹ De rol van het platform is vanzelfsprekend niet belangeloos. Het faciliteren van deze interacties is voor het platform zelf namelijk ook interessant. Het incasseert in de eerste plaats veelal een percentage van de transactie. Niet onbelangrijk is dat het daarnaast informatie vergaart over de interacties die de gebruikers verrichten en dat maakt het gemakkelijker te voorspellen waarom een bepaalde interactie wordt verricht. Zo worden uiteindelijk zoekkosten verlaagd en bevordert het efficiëntie. Deze data zijn van grote waarde.¹⁰

Wil een platform bestaansrecht hebben, dan moet het gebruikers naar zich weten te trekken. Het moet zowel aanbieders als afnemers van de dienst aan zich weten te binden. Om dit te realiseren maakt het gebruik van netwerkeffecten. Een netwerkeffect is het effect dat ervoor zorgt dat een product of dienst meer waarde heeft, wanneer er meer gebruikers zijn die hetzelfde product of de dienst al gebruiken.¹¹ Een van oudsher veelgebruikt voorbeeld om netwerkeffecten te illustreren is de telefoon. Nutteloos wanneer slechts één iemand een telefoon bezit, maar de waarde ervan neemt exponentieel toe wanneer er meer bezitters zijn. Daarbij zijn directe en indirecte netwerkeffecten van elkaar te onderscheiden.¹² Het voorbeeld van de telefoon toont een direct netwerkeffect. Van een indirect netwerkeffect is sprake wanneer

8 Zie over het concept tweezijdige markten J.C. Rochet en J. Tirole, 'Platform Competition in Two-Sided Markets', *Journal of the European Economic Association*, 2003 1/4, p. 990–1029.

9 Y.A. Montjoye, H. Schweitzer en J. Cremer, 'Competition policy for the digital era'. DG Competition, Europese Commissie, Brussel 2019, p. 22.

10 Zie ook: R. Stil, D. Meindertsma en I. van der Linden, 'Beoordeling van datamacht in het mededingingstoezicht', *TvT* 2018/2-3.

11 Ook wel netwerkeffecten genoemd. Zie over deze effecten: M.L. Katz and C. Shapiro, 'Network Externalities, Competition and Compatibility' (1985) 75 *American Economic Review* 424.

12 M.L. Katz and C. Shapiro, 'Network Externalities, Competition and Compatibility' (1985) 75 *American Economic Review* 424.

een mutatie binnen een groep van invloed is op een andere groep. Ten aanzien van het voorbeeld van de telefoon geldt bijvoorbeeld dat een groeiend aantal telefoongebruikers zorgt voor meer vraag naar kabels etc. De andere groep profiteert van de toename van het gebruik. Voor platformen zijn met name indirecte netwerkeffecten van belang. Neem bijvoorbeeld Uber. Neemt het aantal mensen dat de app gebruikt toe, dan wordt het interessanter voor (potentiële) chauffeurs om via het platform te gaan werken.

Deze netwerkeffecten kunnen zowel positief als negatief werken. Een onderneming die als netwerk opereert, ziet de waarde ervan toenemen wanneer een nieuwe deelnemer aan het netwerk wordt toegevoegd. In dat geval is het netwerkeffect positief. Een negatief netwerkeffect kan zich voordoen wanneer een platform snel groeit in aantal gebruikers, maar de dienst daar niet goed op aanpast. Gebruikers krijgen niet de gewenste dienst en gaan uiteindelijk het platform zelfs mijden. Zowel positieve als negatieve netwerkeffecten kunnen een exponentieel karakter hebben.

3. De gevolgen van netwerkeffecten: winner takes all?

Netwerkeffecten zijn van invloed op de strategie van een platform. Het is voor platformen essentieel het netwerk goed te onderhouden en netwerkeffecten te managen. Het verklaart bijvoorbeeld de keuze om gebruikers aan een kant van de transactie (tijdelijk) te stimuleren om deel te nemen. Dat kan in de vorm van een financiële beloning. Het genereert activiteit op het platform en dat trekt gebruikers aan. Als er eenmaal genoeg verkeer is, verdwijnt vanzelf ook de noodzaak bepaalde gebruikers te subsidiëren. Dat dit proces vooral aan de start geld kost in plaats van oplevert is vaak van ondergeschikt belang. De gedachte is dat het hiermee verworven marktaandeel zich uiteindelijk terugbetaalt wanneer er een groot aantal deelnemers en transacties op het platform is. Een voordeel voor digitale platformen is dat zij niet hoeven te wachten op het bouwen van fabrieken, maar vooral moet investeren in de digitale infrastructuur. Dit brengt met zich dat een platform relatief gezien snel kan groeien. Het is tevens de verklaring voor de wijze waarop een platform als Uber zich in een land vestigt. Zij kiezen er namelijk voor snel te starten, alvorens zich te verdiepen in de regelgeving van een land. Het is gunstiger om zo snel mogelijk en als eerste een netwerk op te bouwen en daarmee marktaandeel te verwerven. Ook wel het *'first-mover advantage'* genoemd.

Het opgebouwde netwerk geeft het platform een competitief voordeel. Zij kan zelfs een dominante positie verkrijgen omdat de aangeboden dienst of product de standaard wordt op de markt. Men spreekt in dit verband van het kantelen van de vraag naar het product, ook wel *market tipping*.¹³ Zowel directe als indirecte netwerkeffecten zouden dit kantelmoment versterken.¹⁴ Het kan ervoor zorgen dat de dienst of het platform gezien wordt als de standaard op een bepaalde markt. Dit risico is ook specifiek benoemd door de Europese Commissie in een analyse van het huidige mededingingsrecht.¹⁵ Het kantelen van de markt leidt met name tot zorgen als het potentiële concurrenten verhindert het dominante platform uit te dagen.¹⁶ Het heeft ook effect op de ruimte voor het aantal platformen op een markt. De netwerkeffecten kunnen ertoe leiden dat slecht een klein aantal, of één platform actief is op een markt. Er kan met andere woorden een toetredingsdrempel ontstaan (*barrier to entry*). Door deze toetredingsdrempels wordt de betreffende onderneming niet gedisciplineerd, hetgeen een belangrijke aanwijzing voor het bestaan van een economische machtspositie is.¹⁷

Een groot aantal actieve gebruikers binnen het netwerk kan zich dus vertalen in competitief voordeel. De netwerkeffecten dragen eraan bij dat het businessmodel van platformen monopolistische trekken heeft. Terwijl het platform groeit, wordt het voor zowel gebruikers als platformwerkers moeilijk om deze speler heen te gaan. Er bestaat weinig ruimte voor concurrenten: werkers en klanten gaan naar het platform dat de meeste keuze biedt. De aanwas aan beide zijde van de markt versterkt elkaar. Zolang het platform in staat blijft vraag en aanbod goed op elkaar af te stemmen genereert het geen negatieve netwerkeffecten. De inzet van kunstmatige intelligentie maakt dit mogelijk. De verzamelde informatie maakt het makkelijk de dienst op het individu af te stemmen.¹⁸

13 C. Argenton and J. Prüfer, 'Search Engine Competition with Network Externalities', *Journal of Competition Law and Economics* 2012, vol. 8, no. 1, (73), p. 76.

14 J.H. Dube, G.J. Hitsch, en P.K. Chintagunta, 'Tipping and Concentration in Markets with Indirect Network Effects'. *Chicago GSB Research Paper* nr. 08-08 (14 juli 2008), te raadplegen via ssrn.com/abstract=1085909.

15 www.europaanu.nl/id/v196fykk9ryf/nieuws/antitrustbeleid_commissie_raadpleegt?ctx=vg9wkc5q2yt&tab=0.

16 J.U. Franck en M. Peits, *Market definition and market power in the platform economy*, Cerre 2019, p. 8.

17 J.W. van de Gronden, *Mededingingsrecht in de EU en Nederland*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 139.

18 Zie ook: R. Stil, D. Meindertsma en I. van der Linden, 'Beoordeling van datamacht in het mededingingstoezicht', *TvT* 2018/2-3.

Bovendien is het nog maar de vraag of platformwerkers zo snel geneigd zullen zijn over te stappen naar een ander platform. Zelfs wanneer een platformwerker bij de concurrent meer zou kunnen verdienen, zal dat niet voldoende zijn. Hij doet namelijk investeringen in 'zijn' platform en aan de overstap naar een ander platform zijn kosten verbonden. Het gaat hier bijvoorbeeld om een opgebouwde reputatie die hij niet mee kan nemen. Deze overstapkosten (*switching costs*) kunnen ertoe leiden dat een werker een drempel ervaart om over te stappen en ingesloten raakt op een bepaald platform.¹⁹ Op een nieuw platform moet hij opnieuw beginnen en dan is het wellicht beter te investeren in de reputatie op een platform. Dit geldt helemaal wanneer een goede reputatie beloond wordt door het algoritme. Het belang van het opbouwen van een goede reputatie verhindert ook het tegelijkertijd werken voor meerdere platformen. Het zogenoemde *lock-in* effect treedt op. De mate van lock-in wordt bepaald door de hoogte van de overstapkosten.²⁰ Zelfs als er een op voorhand beter platform zich aandient, betekent dat niet dat gebruikers overstappen. In dit verband is overigens interessant dat de AVG een recht op dataportabiliteit heeft geïntroduceerd.²¹ Dat recht houdt kortgezegd in dat een betrokkene het recht heeft de gegevens te ontvangen die een organisatie over hem heeft. De organisatie moet de gegevens bovendien overdragen in een vorm die het gemakkelijk maakt de gegevens te hergebruiken en door te geven aan een andere onderneming. Deze bepaling zou dus juist dit lock-in effect kunnen tegengaan.²² Praktisch komen hier echter nog wel complexe vragen bij kijken.

Netwerkeffecten kunnen eraan bijdragen dat een platform een dominante positie inneemt op een markt, en wellicht zelfs de *winner takes all*-situatie.²³ Het dominante platform kan vervolgens zijn vizier richten op andere markten. Ook dit zie je bijvoorbeeld bij Uber, dat zich inmiddels naast taxidiensten ook wil gaan richten op andere branches.

19 I. De Graeff, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 40, te raadplegen via kluwercompetitionlaw.com.

20 I. De Graeff, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility* Deventer: Wolters Kluwer, 2016, p. 40 e.v., te raadplegen via kluwercompetitionlaw.com.

21 Zo volgt uit art. 20 AVG.

22 Speech former Competition Commissioner Almunia, 'Competition and personal dataprotection', Privacy Platform event: Competition and Privacy in Markets of Data Brussels, 26 November 2012, SPEECH/12/860, available at http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-860_en.htm.

23 Waarbij het dus niet per definitie hoeft te gaan om het beste product of de beste dienst.

Via kruissubsidie zijn eventuele verliezen in het begin op te vangen en het uiteindelijke doel is om uit te groeien tot een grote speler.

Hoewel netwerkeffecten geen nieuw fenomeen zijn, staan ze afgelopen jaren weer volop in de schijnwerpers. Die aandacht ontstaat vooral in het licht van de digitale economie. Vooral mededingingsrechtelijk zijn er zorgen. Zo gaf de Europese Commissie onlangs nog aan dat netwerkeffecten bij kunnen dragen aan een dominantie marktpositie.²⁴ Er zijn auteurs die waarschuwen dat het belang van netwerkeffecten wordt overschat. Zij wijzen er bijvoorbeeld op dat het effect van de netwerkeffecten geen empirisch gegeven is en dat het niet automatisch marktdominantie tot gevolg heeft.²⁵ Dat lijkt mij juist. Zeker is wel dat de innovatieve digitale businessmodellen nieuwe vragen oproepen met betrekking tot de toepassing van het mededingingsrecht.²⁶ Netwerkeffecten bij digitale platformen spelen daarin een rol.²⁷

Macht lijkt voor platformen aldus een belangrijke rol te spelen. Dat brengt mij tot de vraag of waar macht is, ook machtsmisbruik is. Het is ondernemingen die een economische machtspositie hebben immers verboden daarvan misbruik te maken.²⁸ Belangrijke kanttekening is dat het niet verboden is een economische machtspositie te hebben. Het Hof van Justitie EU oordeelde al dat het genoemde verbod er niet toe strekt ondernemingen te beletten om op eigen verdienste een economische machtspositie op een markt te verwerven. Het beoogt ook niet te verzekeren dat minder efficiënte concurrenten op de markt aanwezig blijven.²⁹ Het is immers inherent aan concurrentie dat sommige bedrijven het halen en anderen juist niet. Op ondernemingen met een machtspositie rust wel een bijzondere verantwoordelijkheid en misbruik is niet toegestaan.³⁰

Het mededingingsrecht kent een stappenplan om te bepalen of een onderneming de mededingingsvoorschriften overtreedt. Eerst brengt

24 De Europese Commissie ziet vooral problemen wanneer grote concurrenten gaan fuseren. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_1088.

25 C. Tucker, *Network Effects and Market Power: What Have We Learned in the Last Decade?*, *Review of Industrial Organization*, 2019/ 54, p. 683–694.

26 Zie bijv. I. De Graeff, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility* Kluwer, Deventer: 2016, p. 54, te raadplegen via kluwercompetitionlaw.com.

27 Zie ook de conclusie van AG Pitruzzella, 16 juli 2020, C-372/19, punt 24.

28 Zo bepaalt art. 24 Mw, dat weer gebaseerd is op art. 102 VWEU.

29 HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10 (*Post Danmark*) punt 21.

30 HvJ EG 9 november 1983, zaak C-322181 (*Michelin/Commissie*), punt 57.

men in kaart welke spelers er op een bepaalde markt aanwezig zijn, de zogenoemde marktafbakening. Is die relevante markt in kaart gebracht dan kan worden nagegaan of de onderneming een economische machtspositie heeft. Vaste rechtspraak van het Hof leert dat een economische machtspositie bestaat indien deze positie de betreffende onderneming in staat stelt om zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk consumenten.³¹ De onafhankelijkheid stelt de dominante onderneming in staat de daadwerkelijke mededinging op de markt te verhinderen.³² De betreffende onderneming geniet gedurende een periode wezenlijke marktmarkt.³³ Ten slotte worden concurrentieverstorende effecten vastgesteld.

Van misbruik van een economische machtspositie is niet snel sprake. De lat ligt hoog en bewijslast ligt op de klagende partij of autoriteit. Onlangs is De Graeff ingegaan op de rol van het mededingingsrecht ten opzichte van 'Big Tech'. Zij constateert dat het vaststellen van machtsmisbruik in de techsector onder meer door zijn snelle veranderingen moeizaam kan verlopen.³⁴ Ook verschillende andere auteurs wijzen erop dat de drempel voor succesvolle toepassing van het misbruikverbod hoog ligt.³⁵ De individuele platformwerker hoeft vanuit deze hoek niet zoveel te verwachten.

4. Verbod op misbruik van economische afhankelijkheid

Interessant is dat België recent een wetswijziging doorvoerde. De wetgever introduceerde diverse voorschriften, onder meer voor misbruikssituaties en onrechtmatige bedingen tussen bedrijven. De wijziging, die specifiek ziet op *business-to-business* verhoudingen bevat meerdere noviteiten, maar waar ik met name de aandacht op wil richten. is de introductie van een bepaling die misbruik van economische afhankelijk-

31 HvJ EG 13 februari 1973, C-85/76, (*Hofman/Laroche*).

32 HvJ EG 14 februari 1978, C-22/76 (*United Brands/Commissie*).

33 Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, PbEU 24 februari 2009, C-45/7, §10.

34 I. de Graeff, 'Big Tech en de mededinging', *Ars Aequi* 2020/716.

35 D. Mandrescu, Applying EU competition law to online platforms: the road ahead - Part 2, *European Competition Law Review* 2017 38(9): 410-422; L. Korsten en J. Movig, Belgische wetswijziging introduceert B2B-bescherming; een voorbeeld voor Nederland?, *M&M* 2020/2.

heid verbiedt.³⁶ De nieuwe bepaling, die eind 2020 in werking trad, richt zich op onevenwichtige verhoudingen tussen ondernemingen. De wijzigingen zijn doorgevoerd om de in een rechtsverhouding zwakkere contractspartij bescherming te bieden tegenover zijn machtigere contractuele tegenpartij.³⁷ De regeling is strenger dan art. 102 VWEU, maar dat is toegestaan.³⁸

Aan het verbod zijn drie voorwaarden verbonden. Van misbruik is sprake als voldaan is aan een drietal cumulatieve voorwaarden. Er dient (i) sprake te zijn van een positie van economische afhankelijkheid. Dat wil zeggen dat de positie van onderworpenheid van een onderneming³⁹ ten aanzien van één of meerdere andere ondernemingen gekenmerkt wordt door (a) de afwezigheid van een redelijk equivalent alternatief, beschikbaar binnen een redelijke termijn, en (b) onder redelijke voorwaarden en kosten, die deze of elk van deze ondernemingen toelaten om prestaties of voorwaarden op te leggen die niet kunnen verkregen worden in normale marktomstandigheden.⁴⁰ Voorts moet er (ii) sprake zijn van misbruik door de sterkere partij van de economische afhankelijkheid van de zwakkere onderneming. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om het opleggen van onbillijke voorwaarden. Er is een vijftal voorbeelden gegeven, maar de reikwijdte van dit begrip zal uitgekristalliseerd moeten worden in de rechtspraak. Ten slotte moet (iii) de concurrentie worden aangetast op (een deel van) de Belgische markt. Daarbij geldt overigens geen merk-

36 Art. 2 wet van 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van Economisch Recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, *BS* 24 mei 2019.

37 De wetgever vermeldt: "hoewel het mededingingsrecht an sich niet de rol heeft de eerlijke mededinging (het contracteren) te regelen, als wel de vrije marktordeening te waarborgen, het toch gerechtvaardigd is dat het mededingingsrecht het contractenrecht in ogenschouw neemt ter bewaking van de ondernemingsvrijheid van economisch zwakkere partijen.", DOC 54 1451/001, (wetsvoorstel en toelichting daarop) p. 5.

38 Art. 3 lid 2 Verordening 1/2003/EG van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van art. 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2003, L 1/1.

39 Het hier bedoelde ondernemingsbegrip veronderstelt een zekere duurzaamheid van de economische activiteit. Het is daardoor onzeker of een platformwerker die slechts incidenteel werkzaamheden verricht voor een platform, wel onder de reikwijdte van de bepaling valt.

40 Art. 2 wet van 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van Economisch Recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, *BS* 24 mei 2019.

baarheidsvereiste. Dit sluit aan bij de ratio, maar creëert wel een risico op een stortvloed aan (relatief) kleine meldingen.⁴¹ Overtreding van het verbod kan leiden tot een boete van de mededingingswaakhond, al dan niet in combinatie met een dwangsom. Een benadeelde kan bovendien civielrechtelijke stappen nemen.

Interessant is dat de wet specifiek de individuele platformwerkers het gereedschap geeft te klagen over het platform. Zij zullen in dat geval aan moeten tonen dat zij economisch afhankelijk zijn van het platform. In de memorie van toelichting somt de regering enkele relevante factoren op. Een aantal interessante, mede in het licht van de netwerkeffecten die platformen genieten, is mijns inziens: "(i) de relatieve marktmacht van de andere onderneming (i.c. het platform, JK); (ii) een belangrijk aandeel van de andere onderneming in haar omzet, waarbij geldt dat hoe belangrijker dit aandeel, hoe groter het risico van afhankelijkheid zal zijn; (iii) de technologie die de andere onderneming bezit; (iv) de grote bekendheid van een merk, schaarste van het product; (v) de toegang voor de onderneming tot hulpbronnen of tot essentiële infrastructuur; (vi) de vrees voor ernstig economisch nadeel, voor represailles of voor het beëindigen van een contractuele relatie; (vii) haar weloverwogen keuze of integendeel haar verplichte keuze om zichzelf in een positie van economische afhankelijkheid te zetten."⁴²

De inkleuring van deze elementen verschilt uiteraard van geval tot geval. Het is mijns inziens echter goed voorstelbaar dat er platformen zijn die, gezien de hierboven genoemde factoren, platformwerkers in een economisch afhankelijke positie brengen. Verschillende platformen hebben bovendien mechanismen ingebouwd die de vrije keuze van werkers beperkt.⁴³ Of de economische afhankelijkheid maakt dat er sprake is van misbruik is uiteraard afhankelijk van het specifieke platform. Het is bijvoorbeeld de vraag of onder misbruik bijvoorbeeld ook de praktijk valt dat een platform zorgt voor een overschot aan platformwerkers ten

41 J. Stuyck en B. Keirsbilck, 'De nieuwe Belgische wet met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen: een eerste commentaar', *SEW* 2019/9, p. 384.

42 Wetsvoorstel van 12 februari 2019 tot wijziging van het Wetboek van Economisch Recht wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl. St.* 54.1451/003, 4.

43 Zie: J. Kloostra, 'Ondergeschikt aan het algoritme'. *TRA* 2020/71.

opzichte van de daadwerkelijke vraag.⁴⁴ Daarnaast kan ik mij voorstellen dat zaken als het gebrek aan inzicht in de tariefopbouw en de mogelijkheid te besluiten tot eenzijdige uitsluiting van het platform in dit verband vragen oproepen. De tijd zal dit moeten leren.

Met de nieuwe bepaling wil België voorkomen dat bepaalde ondernemingen misbruik maken van economische afhankelijkheid, omdat dit niet in het algemeen belang zou zijn. Interessant hierbij is dat het de Belgische wetgever voor ogen staat individuele partijen te beschermen. België is binnen Europa niet de eerste die ondernemingen sanctioneert die strikt genomen geen economische machtspositie hebben. Zo kent Frankrijk reeds een verbod op misbruik van afhankelijkheid, maar daar lijkt het verbod nauwelijks een rol te spelen.⁴⁵ Ook Duitsland zit op dit terrein niet stil. Aldaar geldt het zogenoemde ‘Anzapfverbot’ dat ondernemingen met relatieve marktmacht verbiedt de economische middelen van afhankelijke ondernemingen zonder objectieve rechtvaardiging uit te putten.⁴⁶ De Duitse mededingingswaakhond start geregeld onderzoeken naar bedrijven.⁴⁷ Ondertussen is men op Europees niveau ook bezig te bezien hoe het mededingingsrecht in kan spelen op de uitdagingen die de digitalisering met zich brengt.⁴⁸ Nederland heeft ten aanzien van economische afhankelijkheid nog geen specifieke regelgeving.⁴⁹ Het ligt wel in de lijn der verwachting dat we de aankomende jaren meer gaan horen over dit thema.

5. Afronding

Keren we terug naar de discussie rondom het werken in netwerken dan zien we dat het arbeidsrecht voor uitdagingen staat. Platformarbeid blijkt

44 M. Wouters, ‘Het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid in arbeidsrechtelijk perspectief’, *Arbeidsrecht Journaal* 2020, te raadplegen via: www.arbeidsrechtjournaal.be.

45 L. Korsten en J. Movig, ‘Belgische wetswijziging introduceert B2B-bescherming; een voorbeeld voor Nederland?’, *M&M* 2020/2.

46 www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2014/03_07_2014_edeka.html?nn=3591568.

47 Duitsland is bovendien bezig met nieuwe regelgeving speciaal voor platformen: www.euractiv.com/section/competition/news/german-trust-busters-get-a-sharper-sword.

48 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>.

49 Overigens is in Nederland in het verleden al wel eens voorgesteld een verbod op economische afhankelijkheid te introduceren. Zie: *Kamerstukken II* 2005/06, 30071, nr. 25.

illustratief voor de tweedeling op de arbeidsmarkt. Een al langer zichtbare tweedeling tussen vast enerzijds en flex anderzijds, waaronder we het toenemend aantal zzp'ers kunnen rekenen.⁵⁰ De omstandigheid dat het geen probleem van gisteren is, getuigt dat een eenvoudige oplossing niet voor de hand ligt. De arbeidsrechtwetenschap speelt een belangrijke rol bij het zoeken naar oplossingen. Indachtig de lessen van Leonard blijven we de zoektocht voortzetten.

50 Waar Verburg ook naar verwees in zijn oratie. Zie L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom* ("oratie" Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, Deel 59, Deventer: Kluwer 2010.