

ARTIKEL

De relatie tussen het mededingingsrecht en platformarbeid: effent de Europese Commissie de weg naar meer onderhandelingsmacht voor platformwerkers?

Mr. J. Klootra

1 Inleiding

De relatie tussen een digitaal werkplatform en platformwerkers is veelal ongelijkwaardig. De platformonderneming is in die verhouding aan te wijzen als de machtigere partij. Voor platformwerkers kan deze ongelijkwaardigheid knellen. Zij bereiken de vragers naar hun diensten via het platform en zijn voor wat betreft het aanbod van werk vaak sterk afhankelijk van het platform. Platformen hebben in sommige gevallen een sterke marktpositie, en het aanbod van het platform kan voor werkenden een ‘take it or leave it’ karakter krijgen.¹ Voor platformwerkers bestaat bijgevolg maar weinig ruimte om te onderhandelen over de condities waaronder zij diensten verlenen, zoals de hoogte van het tarief. Platformwerkers kunnen proberen de ongelijke machtsverhoudingen tegen te gaan door een collectief te vormen en zo marktmacht te creëren tegenover het platform. In dit verband zien platformwerkers zich echter voor een probleem gesteld. Het uitgangspunt van veel platformen is dat platformwerkers zelfstandigen zijn en dat betekent in principe dat zij mededingingsrechtelijk zijn aan te merken als onderneming.² Omdat het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU; hierna: Hof van Justitie of kortweg Hof) collectieve afspraken over beloning in strijd acht met het EU-mededingingsrecht indien het een overeenkomst betreft tussen ondernemingen, wordt het ingewikkeld om via deze weg onderhandelingsmacht te creëren. In de literatuur

- 1 C(2022)6846 final (Richtsnoeren over de toepassing van het EU-mededingingsrecht op collectieve arbeidsovereenkomsten met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel), randnr. 28.
- 2 Uit onderzoek dat is uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie komt naar voren dat negen van de tien platformen die op dit moment in de EU actief zijn, platformwerkers als zelfstandigen bestempelen. Zie COM(2021)762 final, p. 2, met verwijzing naar het onderzoek van D.W.P. de Groen e.a., Digital labour platforms in the EU: Mapping and business models (European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2021).

Mr. J. Kloostera

wordt het mededingingsrecht daarom ook wel aangewezen als belangrijk obstakel voor het toekennen van bescherming aan zelfstandige platformwerkers.³

Maar vormt het mededingingsrecht nog een belemmering? In september 2022 traden de door de Europese Commissie uitgevaardigde 'Richtsnoeren over de toepassing van het EU-mededingingsrecht op collectieve arbeidsovereenkomsten met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel' in werking.⁴ Het document is onderdeel van een breder pakket aan maatregelen met betrekking tot platformarbeid, dat verder bestaat uit het voorstel tot een EU-richtlijn over platformarbeid en een mededeling waarin de Commissie de aanpak en maatregelen van de EU inzake platformarbeid toelicht.⁵ Met de richtsnoeren wil de Commissie de bestaande mededingingsrechtelijke onzekerheid rondom collectieve overeenkomsten voor zzp'ers, onder wie platformwerkers, wegnemen door te verduidelijken welke ruimte het mededingingsrecht in haar visie biedt om collectieve afspraken te maken.⁶ In de richtsnoeren geeft de Commissie te kennen dat zzp'ers die werkzaam zijn via een digitaal platform wat haar betreft collectieve overeenkomsten kunnen sluiten. Dat lijkt een andere benadering dan die het Hof van Justitie hanteert. De vraag rijst hoe de richtsnoeren zich verhouden tot het mededingingsrecht en de wijze waarop dat wordt uitgelegd door het Hof van Justitie. Deze vraag staat centraal in dit artikel. In het verlengde daarvan zal ik onderzoeken wat de juridische consequenties (kunnen) zijn als de Commissie met de richtsnoeren afwijkt van de benadering die tot dusver geldt binnen het EU-mededingingsrecht, en de wijze waarop dit door het Hof van Justitie wordt uitgelegd. Anders geformuleerd: in hoeverre bieden de richtsnoeren platformwerkers de beoogde juridische zekerheid?

3 Althans voor zover zij als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht worden beschouwd. Zie bijv. I. Lianos, N. Countouris & V. De Stefano, *Re-thinking the competition law/labour law interaction: Promoting a fairer labour market*. *European Labour Law Journal* 2019/3, p. 291-333; V. Daskalova, *Regulating the new self-employed in the Uber economy: what role for EU competition law?*, TILEC Discussion Paper DP2017-028, 2017, te raadplegen via https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009120. Voorts Voorts I. Graef & J. van den Boom, in: M. Houwerzijl, S. Montebovi & N. Zekić (red.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming* (MSR nr. 78), 2021, hoofdstuk 7; R.F. Hoekstra, *Het grondrecht op collectief onderhandelen van zelfstandigen versus het Europese mededingingsrecht*, *ArA* 2018/3, p. 43-83. In de literatuur wordt er evenwel op gewezen dat het mededingingsrecht zzp'ers ook enige ruimte biedt om marktmacht te creëren. Zie over deze oplossingsrichting L.G. Verburg, *Werken in netwerken*, position paper over het passend zijn en de houdbaarheid van de Mededingingswet in relatie tot de (groei van het aantal) zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers), geschreven in opdracht van de vaste commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 31 januari 2017; J.M. van Slooten & J. Holscher, *De werkerscoöperatie*, *Ondernemingsrecht* 2019/6.

4 C(2022)6846 final.

5 COM(2021)762 (final), voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk en COM(2021)761 final, Mededeling van de Europese Commissie: 'Betere arbeidsomstandigheden voor een sterker sociaal Europa: alle voordelen van de digitalisering voor het werk van de toekomst benutten'. Zie over de (concept)richtlijn bijv. J. Kloostera, *Regulering van platformarbeid: wat wordt de volgende zet van de Nederlandse wetgever?*, *TRA* 2022/42.

6 C(2022) 6846 final, randnr. 9.

De bijdrage is als volgt opgebouwd. Om te kunnen vaststellen hoe de richtsnoeren zich verhouden tot het mededingingsrecht breng ik in paragraaf 2 eerst het juridische speelveld, tegen welke achtergrond de Commissie het document heeft uitgevaardigd, in kaart. In paragraaf 3 analyseer ik vervolgens de richtsnoeren. Ik zie hoe de aanpak van de Commissie zich verhoudt tot de rechtspraak van het Hof van Justitie. Naar voren komt dat de richtsnoeren afwijken van de lijn van het Hof. In paragraaf 4 ga ik na wat de consequenties zijn van mijn bevinding dat de richtsnoeren op gespannen voet staan met die rechtspraak. Paragraaf 5 bevat de conclusie.

In deze bijdrage concentreer ik mij op de positie van platformwerkers vanuit het perspectief van het mededingingsrecht. Dit brengt met zich dat ik als vertrekpunt neem dat deze platformwerkers zelfstandigen zijn, of op zijn minst (nog) kunnen zijn. Met dit laatste bedoel ik te zeggen dat een platformonderneming de betreffende platformwerkers aanmerkt als zelfstandigen, zonder dat de juridische status van hun arbeidsrelatie al in rechte definitief is komen vast te staan. Buiten het bestek van het artikel vallen in ieder geval platformwerkers van wie zeker is dat zij werknemers, in de zin van artikel 7:610 van het Burgerlijk Wetboek (BW), zijn. Als dit laatste het geval is, speelt de hiervoor geschetste problematiek met betrekking tot het mededingingsrecht niet omdat het mededingingsrecht aan ondernemingen is gericht.⁷ Voorts focus ik mij op de positie van platformwerkers in Nederland in het licht van het Europese (EU-)mededingingsrecht zoals dit is neergelegd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Het perspectief van het EU-mededingingsrecht heeft in de eerste plaats te maken met de omstandigheid dat ik inga op de door de Europese Commissie opgestelde richtsnoeren. Daarnaast is de keuze ingegeven vanuit de gedachte dat het Nederlandse mededingingsrecht een naar het nationale recht vertaalde versie is van het Unierechtelijke mededingingsrecht.⁸ Zo zijn de materiële bepalingen in de Nederlandse Mededingingswet geënt op de relevante bepalingen in het VWEU.⁹ Waar het de uitleg van deze materiële bepalingen betreft, is het Hof van Justitie de hoogste rechter.¹⁰ Ondanks de focus op het EU-perspectief betrek ik op een enkele plek wel nationale mededingingsregels, zoals de Leidraad tariefafspraken zzp'ers van de Autoriteit Consument en Markt (ACM), in mijn betoog.¹¹

7 Zie HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (Albany). Zie voorts B.J. Drijber, Versoepeling Europees kartelverbod voor collectieve afspraken met zzp'ers, *Ondernemingsrecht* 2022/44.

8 J.W. van de Gronden, *Mededingingsrecht in de EU en Nederland*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2022, p. 19.

9 Van de Gronden 2022, p. 111.

10 Het procesrecht is voor een gedeelte nog een nationale aangelegenheid.

11 ACM, *Leidraad Tariefafspraken zzp'ers*, 7 februari 2023. In de Leidraad uit 2023 verwerkt de ACM de richtsnoeren van de Europese Commissie. De Leidraad is te raadplegen via www.acm.nl/acm/publicaties/leidraad-tariefafspraken-zzpers.

Mr. J. Kloostera

2 Het Hof van Justitie en collectieve afspraken voor zzp'ers

Een belangrijke grondgedachte binnen de Europese Unie is dat overeenkomsten die de concurrentie op de interne markt beperken en een effect op de handel tussen de lidstaten hebben, verboden zijn. Dergelijke afspraken staan aan een eerlijke en effectieve mededinging op de interne markt in de weg. Het EU-mededingingsrecht beoogt deze concurrentie te waarborgen en verbiedt het marktpartijen deze doelstelling met voeten te treden. De mededingingsregels zijn gericht tot ondernemingen.¹² Een onderneming is 'de economische eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit of de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.¹³ Artikel 101 VWEU bepaalt dat mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen niet zijn toegestaan op straffe van nietigheid.¹⁴ Op de hiervoor genoemde hoofdregel bestaat evenwel een belangrijke arbeidsrechtelijke uitzondering.¹⁵ Zo is het (vertegenwoordigers van) werknemers toegestaan collectieve afspraken te maken met werkgevers(vertegenwoordigers) over onder meer de beloning die zij ontvangen voor hun arbeid.¹⁶ Deze nuancering op artikel 101 VWEU bracht het Hof van Justitie aan in het bekende Albany-arrest uit 1999.¹⁷ Het Hof overwoog dat buiten kijf staat dat overeenkomsten gesloten in het kader van collectieve onderhandelingen, een zekere mededingingsbeperkende werking kunnen hebben. Maar, zo merkte het Hof ook op, het Verdrag beoogt niet alleen de concurrentie op de interne markt te bewaken, maar streeft ook sociale doelen na.¹⁸ Volgens het Hof kunnen collectieve overeenkomsten daarom onder bepaalde voor-

- 12 De onderneming geldt als de toegangspoort tot het mededingingsrecht. Zie Van de Gronden 2022.
- 13 Het begrip 'onderneming' zoals dat geldt in het mededingingsrecht is niet gedefinieerd in het VWEU, maar volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zie HvJ EG, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (Höfner and Elser), par 21. Een economische activiteit betreft iedere activiteit die bestaat uit het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.
- 14 Voluit zijn op grond van deze bepaling overeenkomsten tussen ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging geheel of ten dele wordt verhinderd, beperkt of vervalst, verboden. Het betreft overigens niet alleen overeenkomsten. Het kartelverbod ziet namelijk ook op besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen. Artikel 6 Mededingingswet heeft eenzelfde strekking, nu deze nationale bepaling is gebaseerd op artikel 101 VWEU. Het Nederlandse mededingingsrecht sluit voor wat betreft de begrippen eveneens aan bij het VWEU en de uitleg die het Hof van Justitie daaraan geeft.
- 15 Er zijn ook enkele andere (niet arbeidsrechtelijke) uitzonderingen. Zie Van de Gronden 2022, par. 3.2.2.
- 16 Volgens vaste rechtspraak van het Hof worden werknemers niet aangemerkt als een onderneming. Zij vormen gedurende de arbeidsrelatie een geheel met de onderneming waarvoor zij hun diensten verrichten. HvJ EG 16 september 1999, C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419 (Becu).
- 17 Zie HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (Albany). Zie voorts de gevoegde zaken HvJ EG 21 september 1999, C-115/97 t/m C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434 (Brentjens) en HvJ EG 21 september 1999, C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437 (Drijvende Bokken); B.J. Drijber, Versoepeling Europees kartelverbod voor collectieve afspraken met zzp'ers, *Ondernemingsrecht* 2022/44.
- 18 Het gaat dan om doelstellingen zoals geformuleerd in artikel 3 lid 3 VEU, artikel 9 VWEU, artikel 152 VWEU en artikel 28 Handvest.

waarden buiten de reikwijdte van artikel 101 VWEU vallen.¹⁹ Dit laatste is het geval als aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan: (1) de collectieve overeenkomst is gesloten in het kader van collectieve onderhandelingen tussen werknemers (vertegenwoordigers) en werkgevers (vertegenwoordigers) (het 'aardvereiste'), en (2) de collectieve overeenkomst draagt direct bij aan het verbeteren van de arbeids- of werkgelegenheidsomstandigheden (het 'doelvereiste').²⁰

Het mededingingsrechtelijke uitgangspunt van concurrentie kan in bepaalde gevallen wringen, zo erkent het Hof aldus in het arrest Albany. Uit het arrest volgt dat sociale overwegingen ertoe kunnen leiden dat bepaalde mededingingsbeperkende overeenkomsten mogelijk zijn.²¹ Het Hof hanteert in dit verband wel een strikte benadering: het mededingingsrecht biedt slechts een uitzondering voor werknemers. Bijgevolg biedt de cao-exceptie zzp'ers mededingingsrechtelijk geen ruimte om collectief sociale bescherming na te streven. Een collectieve overeenkomst waarmee een pensioenfonds voor artsen in het leven werd geroepen, viel bijvoorbeeld wel onder de reikwijdte van artikel 101 VWEU. Het Hof oordeelde dat de betreffende artsen zelfstandigen en dus ondernemingen zijn, en bleek, hoewel er sociale motieven aan de overeenkomst ten grondslag lagen, niet bereid artikel 101 VWEU buiten toepassing te laten. Het Hof overwoog expliciet dat het VWEU geen bepalingen kent waarin zelfstandigen worden aangemoedigd collectieve overeenkomsten te sluiten teneinde hun arbeidsvoorwaarden te verbeteren.²² Dat zelfstandigen ondernemingen zijn, en het mededingingsrecht niet toestaat dat zij collectief onderhandelen over (onder meer) arbeidsvoorwaarden, is door het Hof nadien herhaald in andere uitspraken.²³ Het juridische onderscheid tussen de hoedanigheid van werknemer en zelfstandige is daarmee in de ogen van het Hof doorslaggevend voor de vraag of het mededingingsrecht van toepassing is.²⁴

19 Hoewel cao's volgens het Hof ontegenzeggelijk een mededingingsbeperkende werking hebben, zou het verbieden van dergelijke overeenkomsten de doelstellingen van de sociale politiek te veel ondermijnen. Bij hun gezamenlijke inspanning om werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren zijn sociale partners daarom niet aan het kartelverbod gebonden. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (Albany), randnr. 54 en 59.

20 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (Albany), randnr. 59-64.

21 Het Hof lijkt hiermee collectieve arbeidsovereenkomsten als een uitzondering te beschouwen op de 'hoofdregeel' van concurrentie tussen marktpartijen. Op deze benadering is in de literatuur kritiek geuit. De betreffende auteurs voeren aan dat het recht op collectief onderhandelen een grondrecht is dat op meerdere plekken geborgd is. Bij dit fundamentele karakter zou de hiervoor beschreven benadering van het Hof niet passen. Zie N. Countouris, V. De Stefano & I. Lianos, *The EU, Competition Law and Workers' Rights*, UCL research paper 25 maart 2021, te raadplegen via <https://ssrn.com/abstract=3812153>; Lianos, Countouris & De Stefano 2019; Hoekstra 2018.

22 HvJ EG 12 september 2000, C-180/98, ECLI:EU:C:2000:428 (Pavlov/Pensioenfonds medische specialisten), randnr. 69. De organisatie die namens de artsen de overeenkomst sloot werd gezien als een organisatie van ondernemingen en de overeenkomst was derhalve onderworpen aan het mededingingsrecht.

23 Zie bijv. HvJ EG 20 november 2001, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616 (Aldona Malgorzata Jany and Others/Staatssecretaris van Justitie), randnr. 37; HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (Wouters).

24 Drijber 2022.

Mr. J. Kloostera

Het is echter op de huidige arbeidsmarkt niet altijd eenvoudig werknemers en zzp'ers van elkaar te onderscheiden. Een voorbeeld van deze problematiek biedt het FNV Kiem-arrest uit 2014.²⁵ In de zaak die leidde tot het arrest sloot de betrokken vakbond een collectieve overeenkomst die betrekking had op werknemers, maar waarin ook minimumvoorwaarden waren opgenomen voor zelfstandigen.²⁶ Het Hof van Justitie herhaalt in het arrest dat zelfstandigen ondernemingen zijn en dat afspraken die de concurrentie tussen ondernemingen beperkt niet vallen onder de Albany-uitzondering en daarom in strijd zijn met artikel 101 VWEU. Dit is slechts anders als de betreffende zelfstandigen in werkelijkheid 'schijnzelfstandigen' zijn, dat wil zeggen 'dienstverleners wier positie vergelijkbaar is met die van werknemers'. De aspecten die het Hof in FNV Kiem noemt om te bepalen of een dienstverlener al dan niet een schijnzelfstandige is, zijn: (1) ondergeschiktheid, in de zin van het onder leiding van de werkgever handelen wat betreft de tijd, plaats en inhoud van het werk, (2) niet delen in de commerciële risico's van die werkgever, en (3) tijdens de duur van de arbeidsverhouding opgenomen zijn in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt.²⁷ Gesteld zou kunnen worden dat de schijnzelfstandige een soort tussenvorm binnen het mededingingsrecht is tussen de werknemer en de onderneming. Kreijger oppert dat de introductie van die tussenvorm afgeleid zou kunnen worden uit de overweging van het Hof dat schijnzelfstandigen zelfstandigen zijn wier situatie 'vergelijkbaar' is met die van werknemers.²⁸ Hij geeft evenwel zelf te kennen dat die conclusie niet waarschijnlijk is.²⁹ Hoewel het Hof dit in het arrest zo niet expliciet benoemt, hebben zowel Kreijger als diverse andere auteurs, in mijn ogen terecht,

25 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:C:2014:2411, JAR 2015/19, m.nt. Stege, NJ 2015/205, m.nt. Mok (FNV Kiem). Voorts is het arrest besproken door o.a. E.F. Grosheide, Europa's spagaat: vrije mededinging versus werknemersbescherming, TAO 2014; A.P.C.M. Jaspers, Grenzen aan sociale concurrentie bij vrij verkeer van diensten en bij mededinging, ArA 2015/2; G.C. Boot, Schijnzelfstandigen: de rekenaar, de wetgever en de rechter, TRA 2016/44; K. Boonstra, Onderhandelen voor afhankelijke zelfstandigen, de lessen van het arrest C-413/13 FNV Kiem/de Staat der Nederlanden, ArbeidsRecht 2016/43; A. Stege, De cao en bepalingen die betrekking hebben op zzp'ers, ArbeidsRecht 2016/44; L.G. Verburg, Overpeinzingen omtrent de vakbond als ondernemersorganisatie en de regulering van de positie van de zzp'er, ArA 2021/3, p. 64-73. Het vervolg van de zaak is te vinden in Hof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305, JAR 2015/242 (FNV Kiem).

26 Verburg 2021.

27 Daskalova 2017; HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:C:2014:2411 (FNV Kiem), r.o. 36. Het Hof verwijst met betrekking tot de genoemde aspecten naar eerdere rechtspraak. Het betreft de arresten HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18 (Allonby); HvJ EG 14 december 1989, C-3/87, ECLI:EU:C:1989:650 (Agegate); HvJ EG 16 september 1999, C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419 (Becu). De wijze van formulering door het Hof lijkt erop te wijzen dat het cumulatieve criteria betreft. Zie S. Rainone, Labour Rights Beyond Employment Status: Insights from the Competition Law Guidelines on Collective Bargaining, in: T. Addabbo e.a. (red.) Defining and Protecting Autonomous Work, Cham: Palgrave Macmillan 2022, p. 13.

28 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:C:2014:2411 (FNV Kiem), r.o. 31 en 42.

29 Kreijger 2015.

betoogd dat schijnzelfstandigen voor wat betreft het EU-recht werknemers zijn.³⁰ Zoals bijvoorbeeld Grosheide en Pennings terecht opmerken, lijkt het Hof met het begrip ‘schijnzelfstandige’ te doelen op de situatie dat een werkende vanuit het oogpunt van het Europees recht niet op legitieme gronden werkzaam is als zelfstandige.³¹ Maar ook de ACM meent dat de schijnzelfstandige mededingingsrechtelijk geen onderneming, maar werknemer is.³² De relevantie van het FNV Kiem-arrest lijkt niet beperkt tot het mededingingsrecht. Zo verwijst het Hof voor het begrip ‘werknemer’ naar niet-mededingingsrechtelijke uitspraken. Voorts overweegt het Hof dat het zich uitlaat over het begrip ‘werknemer’ in de zin van het recht van de Unie.³³ Het is mijns inziens in ieder geval niet waarschijnlijk dat het Hof een dergelijke tussencategorie heeft willen introduceren (naast de werknemer en de onderneming).³⁴ Grosheide wijst er bijvoorbeeld op dat een tussencategorie niet goed zou passen binnen de structuur van het EU-recht, nu de verkeersvrijheden uitgaan van een onderscheid tussen de werknemer en de ondernemer.³⁵ De Yodel-beschikking uit 2020 biedt eveneens steun voor de gedachte dat de schijnzelfstandige volgens het Hof van Justitie een werknemer naar Europees recht is. In deze beschikking gebruikt het Hof de aspecten die wijzen op schijnzelfstandigheid uit FNV Kiem om de werknemer in EU-verband aan te duiden.³⁶

Kortom: met betrekking tot de ruimte die artikel 101 VWEU biedt om collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden te maken, is er wat het Hof betreft sprake van een dichotomie. De zzp’er is voor het mededingingsrecht óf een werknemer (schijnzelfstandige), in welk geval een beroep op de cao-exceptie kan slagen, óf hij is een onderneming.³⁷ De zzp’er die mededingingsrechtelijk een onderneming is, komt geen beroep op de cao-exceptie toe. Sluit die zzp’er toch een collectieve overeen-

30 Kreijger 2015; E.S. Grosheide, Overheid en sociale partners op wenkbrauwgesprek bij Europa, TRA 2015/99; P. Kreijger, Schijn bedriegt of juist niet? De introductie van de ‘schijnzelfstandige’ en de cao-exceptie, M&M 2015/35; F.J.L. Pennings, Exceptie van de mededingingsbepalingen voor (schijn) zelfstandigen: de zaak FNV Kiem, NTER 2015/21; Verburg 2017; J.W van de Gronden, De Richtsnoeren van de Commissie over het Europees mededingingsrecht en zzp’ers: van schijnzelfstandigen naar schijnzekerheid, Actioma 2023/1; Hellingman 2015.

31 Grosheide 2015; Pennings 2015.

32 ACM, Leidraad tariefafspraken 2023, randnr. 49.

33 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:C:2014:2411 (FNV Kiem), r.o. 34. Het betreft het bekende werknemersbegrip zoals gehanteerd in Lawrie Blum. Het FNV Kiem-arrest past in de trend van een meer uniforme benadering van het EU-werknemersbegrip door het Hof van Justitie. Zie ook Boot 2016; Laagland 2018; Laagland 2022; E. Menegatti, Taking EU labour law beyond the employment contract: The role played by the European Court of Justice, ELLJ 2020/1, p. 26-47.

34 Grosheide 2015; Kreijger 2015; Pennings 2015; Verburg 2017.

35 Grosheide 2015.

36 HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288 (B./Yodel Delivery Network Ltd), r.o. 30-31. Zie ook F.G. Laagland, De zzp’er, de Waadi en de Uitzendrichtlijn, ArA 2022/3. Overigens is ook de Commissie van mening dat de schijnzelfstandige een werknemer is, zo valt op te maken uit de richtsnoeren. De criteria die zij aldaar aanhaalt om te bepalen of een individu een schijnzelfstandige is, zijn de criteria die het Hof in FNV Kiem hanteert om de werknemer aan te duiden. C(2022) 6846 final, randnr 7.9.

37 Van de Gronden 2023, p. 7; K. Hellingman, Over schijn en wezen in het economisch en sociaal recht: FNV KIEM tegen Staat, SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht 2015/11, p. 533; Lianos, Countouris & De Stefano 2019, p. 308 e.v.

Mr. J. Kloostera

komst, of probeert hij te bewerkstelligen onder de werkingssfeer van zo'n overeenkomst te vallen, dan handelt hij in strijd met de mededingingsregels.

3 Europese richtsnoeren over collectieve overeenkomsten voor zzp'ers

De benadering van het Hof in FNV Kiem wringt op een arbeidsmarkt waar het aantal zzp'ers toeneemt en de grens tussen de werknemer en de zelfstandige vertroebelt.³⁸ Vanuit verschillende hoeken is gewezen op de rol die platformarbeid daarbij speelt. Zo riep de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling in 2017 op het mededingingsrecht te hervormen om platformen bij te blijven benen.³⁹ Platformarbeid lijkt de discussie over (de gevolgen van) deze benadering op het niveau van de EU in ieder geval ook een nieuwe impuls te hebben gegeven. Zo gaf EU-commissaris voor mededinging Vestager aan de start van een consultatieronde te kennen:

“The Commission has committed to improving the working conditions of platform workers during this mandate. So today we are launching a process to ensure that those who need to can participate in collective bargaining without the fear of breaking EU competition rules. As already stressed on previous occasions the competition rules are not there to stop workers forming a union but in today's labour market the concept “worker” and “self-employed” have become blurred. As a result, many individuals have no other choice than to accept a contract as self-employed. We therefore need to provide clarity to those who need to negotiate collectively in order to improve their working conditions.”⁴⁰

Eind 2021 publiceerde de Europese Commissie, tegelijk met de presentatie van het richtlijnvoorstel inzake platformarbeid, conceptrichtsnoeren over hoe zij het mededingingsrecht beoogt toe te passen op zzp'ers, onder wie platformwerkers. In september 2022 zijn de richtsnoeren definitief vastgesteld en in werking getreden.

3.1 Juridische status van richtsnoeren van de Commissie

Voordat ik nader inga op de inhoud van de richtsnoeren sta ik, om de betekenis ervan goed te kunnen duiden, stil bij de aard van dit instrument. Wat is de juridische status van door de Europese Commissie uitgevaardigde richtsnoeren? De Europese Commissie heeft met betrekking tot het mededingingsrecht een belangrijke taak. Zij is belast met het toezicht op en handhaving van de EU-mededingingsre-

38 Daskalova 2017, M.S. Wirtz, De grenzen van de Albany exceptie, TAC 2021/4; Graef & Van den Boom 2021; M. Canoy & K. Hellingman, De Mededingingswet en de onderkant van de arbeidsmarkt, Markt en Mededinging 2018, p. 186-188. Vgl. Advies 21/08 van de SER, Sociaal-economisch beleid 2021-2025. Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving, Den Haag 2021, p. 28.

39 OECD 2017, p. 166.

40 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_20_1237/IP_20_1237_EN.pdf.

gels, waaronder artikel 101 VWEU.⁴¹ Met het oog op die taak kan zij beleid ontwikkelen waarin zij te kennen geeft hoe EU-wetgeving wat haar betreft geïnterpreteerd zou moeten worden. Dat beleid kan zij neerleggen in richtsnoeren zoals hier is gedaan.⁴² Richtsnoeren zijn een vorm van door de Commissie uitgevaardigde *soft law*.⁴³ De keuze van de Commissie voor *soft law* kan voortkomen uit verschillende motieven. Politiek is bijvoorbeeld een voordeel dat niet de volledige (tijdrovende) wetgevingsprocedure doorlopen moet worden.⁴⁴ Een meer praktisch voordeel van *soft law* is dat de Commissie de praktijk zo duidelijk kan maken hoe zij van de aan haar toegekende bevoegdheden gebruik zal maken. In dit concrete geval gebruikt de Commissie de richtsnoeren dan ook om te verduidelijken welke mededingingsrechtelijke ruimte er, in haar ogen, voor zzp'ers is om collectieve afspraken te maken.⁴⁵ Een kanttekening bij richtsnoeren (evenals bij andere vormen van *soft law*) van de Commissie is dat zij niet bindend zijn voor nationale mededingingsautoriteiten. Hoewel wel degelijk gezag uitgaat van *soft law*, zijn rechters er niet aan gebonden en op hen rust geen verplichting tot conforme uitleg.⁴⁶ Een rechter kan rekening houden met een richtsnoer wanneer hij dit nuttig acht, maar is hiertoe niet verplicht.⁴⁷ Voor de Europese Commissie zelf zijn de maatregelen juridisch gezien echter niet zonder betekenis. De richtsnoeren binden de Commissie wel in haar eigen beschikkingspraktijk. In verschillende uitspraken heeft het Hof van Justitie uitgemaakt dat het de Commissie niet vrijstaat van haar eigen *soft law* af

- 41 Artikel 17 lid 1 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) bepaalt (o.a.) dat de Commissie is belast met de naleving van het VEU en het VWEU en de maatregelen die EU-instansities.
- 42 Zie in die zin HvJ EU 11 september 2008, C-75/05 P en C-80/05 P, EU:C:2008:482 (Duitsland e.a./Kronofrance), randnr. 60 en 61; HvJ EU 8 maart 2016, C-387/97, EU:C:2000:356 (Commissie/Griekenland), randnr. 87. Zie voorts P. Craig & G. De Búrca, *EU Law: Tekst, Cases and Materials*, Oxford University Press 2020, p. 1162.
- 43 Binnen het Unierecht zijn er tal van instrumenten, met uiteenlopende benamingen en verschijningsvormen (richtsnoeren, mededelingen, gedragscodes, bekendmakingen, aanbevelingen, adviezen, conclusies, verklaringen, resoluties enz.), die onder *soft law* te scharen zijn. Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Expedia, HvJ EU 13 december 2013, C-226/11, EU:C:2012:544, randnr. 81. Zie over *soft law* in het arbeidsrecht: B. ter Haar, *Soft law in het arbeidsrecht*, ArA 2021/2, p. 3-28 en haar dissertatie: B.P. ter Haar, *Open Method of Coordination. An analysis of its meaning for the development of a social Europe*, Leiden: Leiden University Press 2008.
- 44 Craig & De Búrca 2020, p. 1163. Bovendien heeft de Commissie ten aanzien van het toepassingsbereik van artikel 101 lid 1 VWEU geen eigen wetgevende bevoegdheid. De Commissie kan eventueel voorstellen tot (de wijziging van) wetgeving doen, maar de uiteindelijke wetgevende bevoegdheid ligt bij de Raad en het Europees Parlement. Artikel 17 lid 1 TEU en artikel 291 VWEU. R. Whish & D. Bailey, *Competition law*, p. 54 e.v. Zou de Commissie wel bindende regels vaststellen, dan zouden deze nietig zijn op grond van artikel 263 VWEU. Zie naar analogie arrest Frankrijk/Commissie, C-57/95, EU:C:1997:164; HvJ EU 15 juli 2021, C-911/19.
- 45 C(2022)6846 final, randnr. 9-10.
- 46 Van de Gronden 2022, p. 53. Zie voorts de rechtsoverwegingen 28 t/m 33 van het Hof in het Expedia-arrest. HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (Expedia); Craig & De Búrca 2020, p. 140. HvJ EU 7 maart 2002, C-310/99, ECLI:EU:2002:143 (Italië/Commissie). Zie voorts artikel 288 VWEU.
- 47 HvJ EG 13 december 1989, C-322/88, EU:C:1989:646 (Grimaldi), randnr. 18 en de conclusie van A-G Bobek in de zaak België/Commissie, C-16/16, EU:C:2018:79, punt 97-108.

Mr. J. Kloostra

te wijken, onder verwijzing naar algemene bestuursrechtelijke beginselen als het vertrouwens-, rechtszekerheid- en gelijkheidsbeginsel.⁴⁸

3.2 De inhoud van de richtsnoeren van de Commissie

In de richtsnoeren over collectieve afspraken voor zzp'ers geeft de Europese Commissie te kennen haar beleid inzake collectieve overeenkomsten tussen (bepaalde) zzp'ers te verduidelijken.⁴⁹ Meer in het bijzonder werkt de Commissie uit op basis van welke criteria zij beoordeelt in hoeverre overeenkomsten tussen (verenigingen van) zelfstandige ondernemers en hun wederpartij(en) verenigbaar zijn met artikel 101 VWEU. Vooropgesteld zij dat de Commissie niet stelt dat *alle* zzp'ers collectief mogen onderhandelen. Slechts bepaalde zzp'ers vallen buiten het toepassingsbereik van artikel 101 VWEU: zzp'ers die zich in een met werknemers vergelijkbare situatie bevinden.⁵⁰ De Commissie heeft een persoon op het netvlies 'die geen arbeidsovereenkomst heeft of niet in een arbeidsverhouding staat en die voor het verrichten van de betreffende diensten hoofdzakelijk steunt op eigen arbeid'.⁵¹ Het zijn deze zzp'ers die volgens de Commissie collectieve overeenkomsten mogen sluiten met betrekking tot hun arbeidsvoorwaarden.⁵² Collectieve overeenkomsten in de zin van de richtsnoeren zijn (1) (collectieve) overeenkomsten die zijn onderhandeld (2) tussen zzp'ers en hun wederpartij en (3) voor zover zij door hun aard en doel de arbeidsvoorwaarden van zzp'ers betreffen. Hierin zijn de elementen van de *cao*-exceptie uit Albany te herkennen (het aard- en doelvereiste). Anders is de omstandigheid dat een collectieve overeenkomst gesloten kan worden tussen zzp'ers (of hun vertegenwoordigers) en hun wederpartij (of haar vertegenwoordigers). Dit

48 HvJ EU 2 december 2010, C-464/09P (Holland Malt BV), *Jur.* 2010, randnr. 46; HvJ EG 11 september 2008, gevoegde zaken C-75/05P en C-80/05P (Duitsland e.a./Kronofrance), randnr. 59.

49 COM(2022)6846 final, randnr. 9.

50 De Commissie onderkent in par. 4 van de richtsnoeren dat er nog andere zzp'ers zijn die zich ten opzichte van hun wederpartij in een asymmetrische onderhandelingspositie kunnen bevinden, maar dat dezen nu buiten de boot vallen omdat zij niet onder de genoemde categorieën vallen. Voor dergelijke zzp'ers heeft de Commissie eveneens een boodschap. De Commissie geeft te kennen geen aanleiding te zien over te gaan tot handhaving zolang de betreffende collectieve overeenkomsten de onevenwichtige machtsverhouding tussen partijen adresseert en deze overeenkomsten wegens hun aard en doel zijn gericht op de verbetering van de arbeidsomstandigheden. De Commissie biedt evenwel geen ongelimiteerde ruimte. Zij specificeert in par 4.1 en 4.2 van de richtsnoeren de twee (limitatieve) situaties waarin sprake is van een ongelijke onderhandelingspositie en waarin zij aldus niet handhavend optreedt. C(2022)6846 final, randnr. 32 e.v.

51 Met de focus op zzp'ers die leunen op hun persoonlijke arbeid geeft de Commissie te kennen dat natuurlijke personen wier economische activiteiten eruit bestaan goederen op de markt aan te bieden (denk aan iemand die zijn woning verhuurt via Airbnb of producten verkoopt via marktplaats.nl) niet vallen onder de richtsnoeren. De Commissie legt in de richtsnoeren verder niet uit waarom deze laatstgenoemde zzp'ers niet onder de richtsnoeren vallen. Zie C(2022)6846 final, randnr. 2 onder a, randnrs. 18 en 19.

52 C(2022)6846 final, randnrs 9 en 15. Volgens de richtsnoeren zijn arbeidsvoorwaarden onder meer beloningen en bonussen, werktijden en werkroosters, vakantie, verlof, de fysieke ruimten waar het werk plaatsvindt, gezondheid en veiligheid, verzekering en sociale zekerheid, alsmede de voorwaarden waaronder zelfstandige ondernemers het recht hebben hun dienstverlening te beëindigen of waaronder de tegenpartij het recht heeft het gebruik van hun diensten te staken.

betekent dat de aanwezigheid van een vakbond niet langer vereist is en de overeenkomst betrekking kan hebben op de arbeidsvoorwaarden van zzp'ers.⁵³

Hoe bepaalt de Commissie voor welke zzp'ers de richtsnoeren gelden? De Commissie geeft te kennen dat het kartelverbod niet van toepassing is op zzp'ers die zich bevinden 'in een met werknemers vergelijkbare situatie'.⁵⁴ Zij stelt dat het in de huidige economie lastig is om de juridische status van sommige zzp'ers te bepalen. Vervolgens merkt de Commissie op dat het Hof heeft geoordeeld dat een dienstverlener de hoedanigheid van onderneming kan verliezen als blijkt dat hij niet zijn eigen marktgedrag kan bepalen, maar afhankelijk is van zijn opdrachtgever doordat hij geen van de uit de werkzaamheid van deze laatste voortvloeiende financiële en commerciële risico's draagt en is opgenomen in de onderneming van de opdrachtgever.⁵⁵ De Commissie baseert deze overwegingen op het hiervoor besproken FNV Kiem-arrest van het Hof van Justitie.⁵⁶ Het heeft er daarom de schijn van dat de Commissie met de richtsnoeren hoofdzakelijk wil verduidelijken welke ruimte het FNV Kiem-arrest zzp'ers biedt om collectieve afspraken te maken.⁵⁷

Platformwerkers bevinden zich volgens de Commissie in een situatie die vergelijkbaar is met die van werknemers. Zo zouden zij doorgaans afhankelijk zijn van het digitale platform om klanten te bereiken. Voorts zijn platformen in de regel in staat eenzijdig de voorwaarden van de dienstverlening aan de platformwerkers op te leggen.⁵⁸ De richtsnoeren definiëren wat een digitaal platform is. De definitie in de richtsnoeren is gelijk aan die in het richtlijnvoorstel over platformwerk.⁵⁹ Een digitaal platform is een natuurlijke of rechtspersoon die een commerciële dienst verleent en welke dienst aan drie cumulatieve vereisten voldoet: (1) de dienst wordt, ten minste gedeeltelijk, op afstand verstrekt via elektronische middelen, zoals een website of een mobiele applicatie; (2) de dienst wordt verricht op verzoek van een afnemer van de dienst; en (3) de dienst omvat, als een noodzakelijk en essentieel onderdeel, de organisatie van door individuele personen verricht werk, ongeacht of dat werk online of op een bepaalde locatie wordt verricht.⁶⁰ Verderop licht de Commissie nader toe welke platformen zij daarmee op het netvlies heeft. Op grond van de gehanteerde definitie vallen zowel platformen die zich bezighou-

53 Zie ook Drijber 2022.

54 Meer specifiek onderscheidt de Commissie in de richtsnoeren drie categorieën zzp'ers die zich in een met werknemers vergelijkbare situatie bevinden: (1) zzp'ers die werken via een digitaal platform, (2) zzp'ers die zij aan zij werken met werknemers, en (3) economisch afhankelijke zzp'ers. Omdat ik mij in deze bijdrage concentreer op platformen, ga ik niet (uitgebreid) in op de andere twee categorieën.

55 De betreffende passage komt overigens ook terug in HvJ EU 14 december 2006, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784 (CEPSA).

56 De Commissie neemt letterlijk, en met verwijzing, enkele overwegingen van het Hof uit FNV Kiem over.

57 Zo valt ook af te leiden uit de richtsnoeren. Zie bijv. C(2022)6846 final, randnr. 9. Zie voorts Drijber 2022.

58 C(2022)6846 final, randnr 28.

59 COM(2021)762 (final), voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk.

60 C(2022)6846 final, randnrs 30 en 2, onder d.

Mr. J. Kloostra

den met online platformarbeid als offline platformarbeid onder het bereik van de richtsnoeren. Het gaat de Commissie specifiek om platformen die het werk dat platformwerkers verrichten ‘organiseren’. Dit laatste impliceert volgens de Commissie, op zijn minst, ‘een belangrijke rol bij het koppelen van de vraag naar de dienst aan het arbeidsaanbod door een persoon die een contractuele relatie heeft met het digitale arbeidsplatform en die beschikbaar is om een specifieke taak te verrichten’. De organisatie van het werk kan ook andere activiteiten behelzen, waarbij de Commissie specifiek wijst op de organisatie van het betalingsverkeer.⁶¹

De Commissie beperkt de definitie van digitale platformen (in de zin van de richtsnoeren en de ontwerprichtlijn) tot die platformen waarvoor de organisatie van het werk verricht door de platformwerker een noodzakelijk en essentieel element van de dienstverlening is. De definitie van digitaal platform kan nog wel aanleiding geven voor discussie. Want wanneer organiseert een platform nog net wel of net niet het werk (en verricht het aldus een ‘belangrijke rol’ bij het koppelen van vraag en aanbod)?⁶² Het platform dient in ieder geval meer te doen dan het enkel bieden van een digitaal prikbord. Verzamelt en publiceert een platform bijvoorbeeld slechts de gegevens van beschikbare arbeidskrachten in een specifieke regio en stelt het derden in staat die arbeidskrachten te contacteren om van hun diensten gebruik te maken, dan is geen sprake van een digitaal arbeidsplatform in de zin van de richtsnoeren. Het digitale platform organiseert in dat geval niet het werk van arbeidskrachten. Als gevolg daarvan vallen platformen waarvoor de organisatie van het werk slechts een bijkomstigheid is, buiten de reikwijdte (te denken valt aan een platform als Airbnb, dat zich richt op de verhuur van onroerend goed). Maar wat als een platform een digitaal prikbord biedt en als extra service richting de gebruikers de optie biedt het betalingsverkeer te regelen? Deze laatste omstandigheid alleen lijkt mij onvoldoende om te kunnen spreken van een belangrijke rol bij het koppelen van vraag en aanbod. De vraag is wat dan wel het omslagpunt is. Is daarvan sprake als een platform ook een selectie maakt onder de beschikbare arbeidskrachten? In die laatste situatie is wellicht al sneller sprake van een belangrijke rol bij het koppelen van vraag en aanbod, maar dat is nog geen uitgemaakte zaak. De richtsnoeren bieden echter geen nader inzicht in wat precies nog ‘belangrijk’ is. Waarschijnlijk moet de aankomende jaren in de rechtspraak uitgekristalliseerd worden wanneer een platform precies een ‘belangrijke rol’ heeft.⁶³ Een ander kenmerk van een digitaal platform is dat het platform individuele verzoeken van klanten op afstand en langs elektronische weg koppelt aan beschikbare werknemers. Daardoor is koeriersbedrijf Yodel waarschijnlijk niet aan te merken als een digitaal platform in de zin van de richtsnoeren. Dat bedrijf koppelt geen verzoeken

61 C(2022)6846 final, randnrs 30 en 2, onder d.

62 Zie ook M.A.N. van Schadewijk & S.R. Koster, Het verbod op permanente terbeschikkingstelling en de gevolgen voor platformarbeid, *ArA* 2022/3, p. 3-20.

63 Waarbij de kanttekening past dat de rechtspraak de richtsnoeren toe gaat passen. Dat is geen gegeven. Zie par. 4.

van afnemers aan koeriers.⁶⁴ Yodel schakelt veeleer zelf bezorgers in om de pakketten te bezorgen. Relevant is nog dat de Commissie in de richtsnoeren te kennen geeft dat de definitie van een digitaal platform (in de zin van de richtsnoeren) nog kan wijzigen als het richtlijnvoorstel op het punt van de definitie aangepast wordt.⁶⁵

3.3 De richtsnoeren en de echte zelfstandige naar EU-recht

Hoewel de Commissie zelf stelt dat zij in de richtsnoeren het arrest FNV Kiem verduidelijkt, gaat zij mijns inziens een stap verder. Naar mijn mening maakt de Commissie collectief onderhandelen mogelijk voor platformwerkers, en bepaalde andere zzp'ers, die ondernemingen zijn naar EU-mededingingsrecht. Dat de Commissie meer doet dan enkel het verhelderen van FNV Kiem leid ik in de eerste plaats af uit de (algemene) opmerking van de Commissie dat de richtsnoeren betrekking hebben op met werknemers vergelijkbare zzp'ers, maar dat in dit verband niet ook vereist is dat de betreffende zzp'ers voldoen aan de criteria van de schijnzelfstandige (zoals die door het Hof zijn geformuleerd in FNV Kiem).⁶⁶ Dit is opmerkelijk.⁶⁷ In paragraaf 2 kwam naar voren dat het Hof van Justitie ten aanzien van de reikwijdte een dichotome benadering voorstaat. Werknemers (en schijnzelfstandigen) vallen niet onder het bereik van mededingingsrecht, maar (niet-schijn)zelfstandigen wel. Laatstgenoemden zijn immers ondernemingen. Daarnaast valt op dat de Commissie voor wat betreft het toepassingsbereik van de richtsnoeren selectief is in de verwijzing naar de criteria die het Hof in FNV Kiem opsomt. Achterwege blijft de overweging van het Hof dat een werknemer 'onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen'.⁶⁸ Het betreft de verwijzing naar de aanwezigheid van een gezagsrelatie, wat voor het Hof een belangrijke voorwaarde is om een individu aan te kunnen merken als schijnzelfstandige.⁶⁹ Het ontbreken van de gezagsverhouding is eens te meer opvallend nu juist de aanwezigheid daarvan voor het Hof vaak een cruciaal aspect is voor de vraag of collectieve afspraken mededingingsrechtelijk zijn toegestaan. De afwezigheid van de gezagsrelatie als relevant aspect voedt daarmee de gedachte dat de Commissie met de richtsnoeren

64 Althans zo maak ik op uit de feiten in de uitspraak. De Yodel-beschikking van het Hof wordt vaker genoemd in de context van platformwerk, omdat de omstandigheden waaronder de koerier werkte lijken op werk via een digitaal platform. De beschikking geeft daarom ook wel inzicht in hoe het Hof de aanwezigheid van de gezagsrelatie beziet in werk met een vrijblijvend en flexibel karakter. HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288 (Yodel). Zie over deze uitspraak: J.H. Bennaars, De beschikking Yodel – Platformwerkers en Europa, nog geen einde in zicht. Een analyse van de Yodel-uitspraak, TAC 2020/2.

65 C(2022)6846 final, voetnoot 2. Het lijkt mij overigens ook wenselijk dat de definities in de richtsnoeren en een uiteindelijke richtlijn gelijk aan elkaar blijven.

66 C(2022)6846 final, randnr. 20.

67 Volgens het Hof is de met een werknemer vergelijkbare zzp'ers namelijk een schijnzelfstandige. Zie HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:C:2014:2411 (FNV Kiem), r.o. 31, waarin het Hof overweegt: '(...) ingeval bedoelde dienstverleners, (...) in werkelijkheid "schijnzelfstandigen" vormen, dat wil zeggen [onderstreping JK] dienstverleners wiens situatie vergelijkbaar is met die van werknemers.'

68 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:C:2014:2411 (FNV Kiem), r.o. 36.

69 Vgl. ook de Leidraad tariefafspraken, randnr. 28, waarin de ACM nadrukkelijk wijst op de eis dat er sprake dient te zijn van een ondergeschiktheidsrelatie.

Mr. J. Kloostra

ook sommige echte zelfstandigen (zzp'ers die naar EU-mededingingsrecht ondernemingen zijn), waaronder zelfstandige platformwerkers, de mogelijkheid wil bieden collectief te onderhandelen.

Door het ontbreken van de gezagsverhouding als in aanmerking te nemen element in het algemene deel van de richtsnoeren komt de nadruk te liggen op de overige aspecten die de Commissie noemt. Het gaat mij dan om de passage waarin de Commissie wijst op de omstandigheid dat een dienstverlener de hoedanigheid van onderneming kan verliezen omdat hij, kort gezegd, geen financiële of commerciële risico's draagt en werkzaam is als een in de onderneming van bedoelde opdrachtgever opgenomen medewerker.⁷⁰ Deze criteria zijn te herleiden tot mededingingsrechtelijke rechtspraak van het Hof over het ondernemingsbegrip. In de betreffende uitspraken overweegt het Hof dat de dienstverlener mededingingsrechtelijk niet langer een onderneming is omdat diegene een economische eenheid (een onderneming) vormt met de opdrachtgever. In FNV Kiem betreft het Hof deze aspecten eveneens met betrekking tot de vraag of een individu de status van onderneming verliest en schijnzelfstandige is. Ik meen dat er hier wel twee situaties van elkaar onderscheiden moeten worden. De omstandigheid dat een dienstverlener de status van onderneming in de zin van het mededingingsrecht verliest (omdat hij een onderneming vormt met een andere entiteit), betekent niet direct dat diegene daarmee mededingingsrechtelijk een werknemer is.⁷¹ Te denken valt aan het voorbeeld van de agentuurrelatie. Handelsagenten zijn tussenpersonen die bevoegd zijn om te onderhandelen over en/of overeenkomsten te sluiten namens een opdrachtgever (de principaal). Zij zijn niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst met de principaal, maar zijn juridisch zelfstandig. Niettemin kunnen agenten voor wat betreft het mededingingsrecht hun hoedanigheid van zelfstandig marktdeelnemer verliezen.⁷² Zij vormen in dat geval een economische eenheid (een mededingingsrechtelijke onderneming) met hun principaal.⁷³ Omdat zij samen een onderneming vormen, mogen agent en principaal onderling mededingingsbeperkende overeenkomsten sluiten zonder daarmee in strijd te handelen met artikel 101 VWEU.⁷⁴ Het betreft geen overeenkomst tussen concurrenten, maar een overeenkomst binnen wat mededingingsrechtelijk beschouwd wordt als één onder-

70 De Commissie verwijst naar HvJ EU 14 december 2006, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784 (CEPSA).

71 Hetzelfde kan bijv. gelden in een concernverhouding. De dochteronderneming en de moeder kunnen voor het mededingingsrecht samen een onderneming vormen. Het betreft hier de zogenoemde *single economic entity*-doctrine. Zie Kloostra 2022 en de daar aangehaalde literatuur.

72 Dit laatste is volgens het Hof het geval als zij geen van de risico's dragen die voortvloeien uit de overeenkomsten die zij voor rekening van de opdrachtgever sluiten, maar zij veeleer de belangen van de principaal behartigen en in dit verband gehouden zijn diens instructies op te volgen. HvJ EG 24 oktober 1995, C-266/93, ECLI:EU: C:1995:345 (Bundeskartellamt Deutschland/VAG Leasing), randnr. 19.

73 Er is overigens nog wel een onderscheid te maken tussen de markt waarop de agent mogelijke opdrachtgevers/principalen zijn diensten aanbiedt, en de markt waarop hij de goederen of diensten van een opdrachtgever aan mogelijke klanten aanbiedt. Het is mogelijk dat de agent op de eerste markt wel een zelfstandige marktdeelnemer is. Hij vormt dan slechts een economische eenheid met betrekking tot de markt waarop hij goederen en/of diensten van zijn principaal aanbiedt.

74 HvJ EU 14 december 2006, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784 (CEPSA).

neming.⁷⁵ Diezelfde agent mag echter niet met andere handelsagenten collectieve afspraken maken over het tarief dat zij gaan rekenen aan hun opdrachtgevers. In die situatie betreft het een (mededingingsbeperkende) overeenkomst tussen ondernemingen.⁷⁶

Het voorbeeld van de agentuurrelatie illustreert dat de enkele omstandigheid dat een dienstverlener en een werkverschaffer een economische eenheid vormen, niet direct betekent dat tussen hen daarmee ook sprake is van een arbeidsverhouding.⁷⁷ Dat kan wel, maar is niet noodzakelijkerwijs het geval. A-G Szpunar wijst in de Uber Spain-zaak ook op dit onderscheid. In zijn conclusie voorafgaand aan dit arrest van het Hof van Justitie merkt hij op dat Uber en zijn chauffeurs in zijn ogen (mededingingsrechtelijk) kwalificeren als een economische eenheid.⁷⁸ Daarbij plaatst hij evenwel de kanttekening dat het vormen van een economische eenheid niet automatisch betekent dat de chauffeurs werknemers zijn. Ook als de platformwerkers in kwestie zelfstandige opdrachtnemers zijn, kunnen zij met platform Uber een economische eenheid vormen.⁷⁹ Een nadere analyse van de categorie die ziet op platformwerkers sterkt eveneens de gedachte dat de richtsnoeren een breder toepassingsbereik hebben dan alleen schijnzelfstandigen. De Commissie neemt in de richtsnoeren namelijk tot uitgangspunt dat alle individuen die werken via een digitaal werkplatform collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden mogen maken.⁸⁰ De Commissie maakt zodoende geen (expliciet) onderscheid naar de aard van de arbeidsrelatie van platformwerkers en stelt niet de eis na te gaan of de platformwerkers werknemers of ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht zijn.⁸¹ Ik leid hieruit af dat ook platformwerkers die echte zelfstandigen (ondernemingen) naar EU-recht zijn, op grond van de richtsnoeren collectief mogen onderhandelen, zolang ze maar voor een digitaal platform werken. Dat platformwerkers ook echte zelfstandigen naar EU-recht kunnen zijn, valt mijns inziens op te maken uit de eerdergenoemde Yodel-beschikking van het Hof. Deze zaak draaide om de vraag of een Engelse pakketbezorger met een opdrachtovereenkomst een werkne-

75 In de literatuur is het vormen van één onderneming (bijv. in de vorm van een coöperatie) aangewezen als manier voor zzp'ers, onder wie platformwerkers, om binnen de grenzen van het mededingingsrecht toch enige marktmacht te organiseren. Zie Verburg 2017; Van Slooten & Holscher 2019.

76 En betreft het een toetsing aan de hiervoor besproken Albany-exceptie. Zie ook Van de Gronden 2022, p. 60.

77 Vgl. F.G. Laagland, Voorbij de grenzen van het Nederlandse werknemersbegrip, *Ondernemingsrecht* 2018/130.

78 Conclusie A-G Szpunar 11 mei 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:364 (Uber Spain).

79 De vraag of de Uber-chauffeurs zelfstandigen of werknemers zijn, stond niet centraal in de betreffende zaak.

80 De benadering van de Commissie is daarmee ook anders dan die van de ACM. De Nederlandse mededingingsautoriteit gaat op basis van de Leidraad na in hoeverre een platformwerker zij-aan-zij werkt om te bepalen of collectieve afspraken toegestaan zijn. Zie Leidraad tariefafspraken zzp'ers, randnr. 34.

81 De Commissie benoemt de juridische status van platformwerkers niet expliciet. Randnr. 28 vermeldt: 'De opkomst van de onlineplatformeconomie en het aanbieden van werk via digitale arbeidsplatformen heeft een nieuwe realiteit gecreëerd voor bepaalde zelfstandigen zonder personeel die zich ten overstaan van de digitale arbeidsplatformen waarmee of waarvoor ze werken in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van werknemers.'

Mr. J. Kloostera

mer (in de zin van de Arbeidstijdenrichtlijn) is.⁸² Het Hof noemt, met verwijzing naar FNV Kiem, enkele aspecten die erop wijzen dat een arbeidskracht een echte zelfstandige naar EU-recht is. Het betreft de mogelijkheid tot vrije vervanging, de vrijheid om taken te aanvaarden of te weigeren, waaronder voor concurrenten, en de vrijheid te bepalen hoe en wanneer te werken. Het betreft aspecten die zich in de context van platformwerk vaak voordoen.⁸³

Er is nog een ander argument voor de stelling dat de Commissie zelfstandige platformwerkers naar EU-recht de mogelijkheid biedt collectief te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden. Eerder gaf ik te kennen dat de richtsnoeren tezamen met het richtlijnvoorstel onderdeel vormen van een breder pakket aan maatregelen om de problematiek rondom platformarbeid te adresseren. Deze ontwerp-richtlijn beoogt onder meer de juridische status van platformwerkers te regelen. In de literatuur wordt gesteld dat de richtsnoeren slechts een rol spelen indien de platformwerker op grond van de criteria die zijn opgenomen in deze richtlijn geen werknemer (naar EU-recht) blijkt te zijn, bijvoorbeeld in het geval een beroep op het rechtsvermoeden niet slaagt (artikel 4 van de conceptrichtlijn) of omdat dit rechtsvermoeden in rechte wordt weerlegd (artikel 5 van de conceptrichtlijn).⁸⁴ Is de platformwerker wel een werknemer (naar EU-recht), dan vallen de platformwerkers al onder het bereik van de cao-exceptie en zijn collectieve afspraken toegestaan. Met de richtsnoeren bereikt de Commissie daarom juist zelfstandige platformwerkers die op basis van het EU-mededingingsrecht ondernemingen zijn.⁸⁵

Uit de richtsnoeren maak ik op dat de Commissie geen expliciete aandacht besteedt aan de vraag of platformwerkers juridisch werknemers of ondernemingen (naar EU-mededingingsrecht) zijn. Platformwerkers mogen van de Commissie collectieve afspraken maken zonder dat ingegaan wordt op hun juridische status. Ook met betrekking tot een andere categorie zzp'ers die op grond van de richtsnoeren collectieve afspraken mag maken, valt op dat de precieze juridische aard van de verhouding voor de Commissie niet van belang lijkt te zijn. Het gaat mij om de zzp'ers die economisch afhankelijk zijn van hun wederpartij omdat zij een groot deel van hun

82 HvJ EU 22 april 2020 C-692/19, ECLI: EU: C: 2020: 288 (Yodel). Zie over deze uitspraak J.H. Bennaars, *De beschikking Yodel – Platformwerkers en Europa*, nog geen einde in zicht. Een analyse van de Yodel-uitspraak, TAC 2020/2.

83 Waarbij uiteraard de kanttekening past dat de betreffende kenmerken wel daadwerkelijk aanwezig moeten zijn en niet fictief zijn. Zie HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, ECLI: EU: C: 2020: 288 (Yodel); zie ook: Bennaars 2020; E. Gramano, *On the notion of 'worker' under EU law: new insights*, ELLJ 2021/1, p. 98-101.

84 D. Georgiou, *The EU's Draft Guidelines on the Application of EU Competition Law to collective agreement regarding the working conditions of solo self-employed persons*, te raadplegen via www.researchgate.net/publication/357017417_The_European_Commission%27s_Draft_Guidelines_on_the_Application_of_EU_Competition_Law_to_Collective_Agreements_Regarding_the_Working_Conditions_of_Solo_Self-Employed_Persons_Overview_and_Initial_Assessment.

85 Vermeldenswaardig is dat de richtsnoeren al gelden sinds eind september 2022, waar de richtlijn inzake platformwerk zich nog in de conceptfase bevindt. Of en, zo ja, in welke vorm het richtlijnvoorstel de eindstreep gaat halen, is volop onderwerp van (politieke) discussie. Er wordt bovendien flink gelobbyd om aanpassingen door te voeren. Zie bijv. www.nrc.nl/nieuws/2022/10/26/lobby-uber-in-brussel-opnieuw-in-de-schijnwerpers-a4146348.

inkomen bij die opdrachtgever verdienen.⁸⁶ Op grond van de richtsnoeren betreft het dan zzp'ers van wie gemiddeld 50% van het jaarlijkse beroepsinkomen afkomstig is van één enkele wederpartij in een periode van één of twee jaar.⁸⁷ De Commissie meent dat zelfstandigen die 'hun diensten uitsluitend of hoofdzakelijk voor één wederpartij verrichten, zich waarschijnlijk in een situatie van economische afhankelijkheid ten opzichte van die wederpartij bevinden'.⁸⁸ Ter illustratie geven de richtsnoeren het voorbeeld van zelfstandige architecten die 90% van hun inkomen verwerven bij een onderneming die hen op projectbasis inhuurt. Zij worden niet geacht hun eigen marktgedrag te kunnen bepalen en grotendeels afhankelijk te zijn van deze wederpartij.⁸⁹ In die zin bevinden zij zich volgens de Commissie in een positie die vergelijkbaar is met werknemers.⁹⁰ Zodra een zzp'er krachtens de richtsnoeren economisch afhankelijk is van zijn opdrachtgever, mag hij collectieve afspraken maken, ongeacht of diegene mededingingsrechtelijk een werknemer of onderneming is. De Commissie merkt op dat aannemelijk is dat deze economisch afhankelijke zzp'ers onder meer instructies ontvangen over hoe de werkzaamheden verricht moeten worden. Daaruit kan naar voren komen dat er sprake is van een gezagsrelatie en dat de zzp'er (naar nationaal recht) eigenlijk een werknemer (schijnzelfstandige) naar EU-recht is. Komt dit laatste vast te staan, dan bestaat er überhaupt geen discussie of een collectieve overeenkomst van toepassing kan zijn. Maar de aanwezigheid van een gezagsrelatie is, net als bij platformwerkers, voor de Commissie geen vereiste om collectieve afspraken met betrekking tot arbeidsvoorwaarden toe te staan. Concluderend meen ik daarom dat in plaats van dat de Commissie de huidige mededingingsrechtelijke kaders verduidelijkt, het er meer op lijkt dat zij nieuwe paden betreedt. Het risico bestaat dat de richtsnoeren in strijd zijn met artikel 101 VWEU van het Europees mededingingsrecht.⁹¹

4 In hoeverre bieden de Europese richtsnoeren juridische zekerheid?

4.1 *Het Hof van Justitie en de richtsnoeren*

Hiervoor stelde ik vast dat de Commissie in de richtsnoeren meer doet dan enkel het verduidelijken van het arrest FNV Kiem. Ik meen dat de Commissie collectieve afspraken voor zelfstandige platformwerkers (naar EU-recht) toestaat. Hoeveel

86 C(2022)6846 final, randnr 24. De richtsnoeren bepalen dat een zzp'er zich ook in een situatie van economische afhankelijkheid bevindt als diegene voor een tegenpartij diensten verleent gedurende minder dan een jaar.

87 Deze categorie roept nog wel de nodige vragen op met betrekking tot de afbakening, bijv. hoe een organisatie in de praktijk moet bijhouden of een zzp'er economisch afhankelijk is van de onderneming. De richtsnoeren werken deze aspecten verder niet concreet uit. Aangezien de focus in dit artikel op platformarbeid ligt, werk ik deze vragen hier verder niet uit.

88 C(2022)6846 final, randnr 23. Het betreft hier een verwijzing naar de arresten van het Hof van Justitie inzake FNV Kiem en CEPESA.

89 Vgl. HvJ EU 14 december 2006, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784 (CEPSA), randnrs. 43 en 44.

90 De Commissie verwijst naar enkele lidstaten (Duitsland en Spanje) die de problematiek rondom economisch afhankelijke zzp'ers hebben erkend in een aantal nationale wetten die dergelijke zzp'ers het recht geven collectief te onderhandelen, op voorwaarde dat ze voldoen aan bepaalde wettelijke criteria. Zie C(2022)6846 final, randnr. 23.

91 Zie ook Van de Gronden 2023.

Mr. J. Kloostera

rechtszekerheid bieden de richtsnoeren platformwerkers, nu ik in het begin van paragraaf 3 eveneens vaststelde dat de richtsnoeren enkel de Commissie binden? De vraag is dan met name welk gewicht de rechter (en dan doel ik specifiek op het Hof van Justitie) aan de richtsnoeren toekent. Een zaak kan op verschillende manieren bij het Hof terecht komen. Een eerste optie is dat in een rechtstreeks beroep tegen een besluit van de Commissie de richtsnoeren ter discussie komen te staan. De Commissie kan bijvoorbeeld een klacht tegen een collectieve overeenkomst van een platform afwijzen, waarna het platform beroep tegen het besluit instelt. Een andere mogelijkheid is dat een zaak via een prejudiciële procedure bij het Hof terecht komt. Stel dat een nationale mededingingsautoriteit besluit de richtsnoeren niet te volgen, dan kan de autoriteit besluiten over te gaan tot handhaving als zelfstandige platformwerkers collectieve afspraken maken. Het is echter nog maar de vraag of een dergelijke handhavingprocedure leidt tot vragen aan het Hof. De ACM bracht bijvoorbeeld begin 2023 een nieuwe versie van de Leidraad tariefafspraken zzp'ers uit. In deze nieuwe Leidraad, die de vorige versie uit 2020 vervangt, neemt de ACM de richtsnoeren van de Commissie over.⁹² Een derde optie, mijns inziens de meest waarschijnlijke, is dat een private partij in rechte betoogt dat collectieve afspraken die betrekking hebben op platformwerkers in strijd zijn met het mededingingsrecht. Ik denk dan in de eerste plaats aan een platform dat zich niet kan vinden in hogere tarieven van platformwerkers voortvloeiend uit een collectieve overeenkomst. Het is voorts mogelijk dat consumenten (of organisaties die consumenten vertegenwoordigen) die zich geconfronteerd zien met hogere prijzen voor de diensten van platformen, een civiele procedure starten waarin zij aanvoeren dat de collectieve afspraken die tot hogere tarieven hebben geleid in strijd zijn met het kartelverbod. In een procedure komen de richtsnoeren waarschijnlijk ter discussie te staan. Een nationale rechter zou, gezien de onduidelijkheid, kunnen overwegen prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.⁹³

Wat nu als een dergelijke zaak bij het Hof van Justitie terecht komt? In die situatie dient het Hof het mededingingsrecht uit te leggen zoals dat is neergelegd in het VWEU. Daarbij hoeft het Hof van Justitie, zoals gezegd, niet de richtsnoeren van de Commissie tot uitgangspunt te nemen.⁹⁴ Er gaat echter wel gezag uit van door de Commissie uitgevaardigde *soft law*-instrumenten. Stel dat het Hof bereid zou zijn met de Commissie mee te bewegen. Biedt het huidige EU-mededingingsrecht het Hof daarvoor dan de ruimte? Gelet op de manier waarop het Hof van Justitie invulling geeft aan het ondernemingsbegrip, dat in het kader van artikel 101 VWEU een centrale rol speelt, lijkt mij het onwaarschijnlijk dat het Hof die ruimte

92 ACM, Leidraad tariefafspraken zzp'ers 2023.

93 Dat het mogelijk is prejudiciële vragen te stellen over door Europese instellingen uitgevaardigde *soft law*, bevestigde het Hof onlangs: HvJ EU 15 juli 2021, C-911/19, ECLI:EU:C:2021:599 (FBF/ACPR). Het Hof oordeelde eerder dat het in een prejudiciële beslissing uitspraak kan doen over de geldigheid van de door de Commissie verrichte handelingen in de context van het EU-recht. HvJ EG 13 december 1989, C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646 (Grimaldi), randnr. 8; HvJ EU 20 februari 2018, C-16/16, ECLI:EU:C:2018:79 (België/Commissie), randnr. 44)

94 Zie ook C. Cauffman, Towards better working conditions for persons performing services through digital labour platforms, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2022.

ziet. De Europese wetgever is wat dit betreft duidelijk. Overeenkomsten tussen ondernemingen zijn niet toegestaan, en echte zelfstandigen worden voor wat betreft het mededingingsrecht nu eenmaal aangemerkt als ondernemingen. Helemaal uitgesloten is een andere benadering misschien ook weer niet. In het Albany-arrest was het Hof ook bereid een nuancering aan te brengen op artikel 101 VWEU. Destijds bracht een afweging van economische en sociale belangen het Hof ertoe een uitzondering te maken voor werknemers. Wellicht dat het Hof anno 2023 ook een (nieuwe) nuancering kan maken voor bepaalde zzp'ers. Met name nu het binaire onderscheid tussen de werknemer en de onderneming, zoals dat (onder meer) geldt in het mededingingsrecht, niet altijd tot redelijke uitkomsten leidt.⁹⁵ Een situatie die we terugzien bij platformarbeid. Via deze weg kan het Hof van Justitie het recht laten meebewegen met de maatschappelijke realiteit, niet in de laatste plaats omdat de wetgever er maar moeizaam in slaagt veranderingen door te voeren.⁹⁶

4.2 Enkele mogelijke alternatieven voor de richtsnoeren

De onduidelijkheid met betrekking tot de juridische toelaatbaarheid van collectieve afspraken op grond van de richtsnoeren leidt voor belanghebbenden (ik denk aan platformwerkers, hen vertegenwoordigende organisaties en/of platformen) tot enige onzekerheid. Waarschijnlijk heeft deze onzekerheid een *chilling effect* op de bereidwilligheid tot het sluiten van een collectieve overeenkomst.⁹⁷ Dat is het tegenovergestelde van wat de Commissie met deze richtsnoeren beoogt te bereiken. Gelet op het voorgaande valt het op dat de Commissie niet voor andere middelen heeft gekozen om collectieve afspraken voor (bepaalde) zzp'ers mogelijk te maken.⁹⁸ Te denken valt bijvoorbeeld aan de route van artikel 101 lid 3 VWEU.⁹⁹ Op grond van deze bepaling zijn mededingingsbeperkende afspraken toch toegestaan als de voordelen, kort gezegd, opwegen tegen de nadelen. In dit verband wordt ook wel gesproken over efficiëntievoordelen.¹⁰⁰ De Commissie had op dit punt kunnen kijken naar de ACM, die in de Leidraad uitwerkt waarom sociale bescherming als efficiëntievoordeel geldt.¹⁰¹ De ACM beredeneert dat minimumtarieven voor zzp'ers een *race to the bottom* tussen werknemers en zzp'ers voorkomt en de maat-

95 Zie ook Kloostera 2022.

96 Vgl. het interessante betoog van R.A.J. van Gestel en M.A. Loth in NJB 2015/1849. De auteurs bepleiten dat de rechter een taak heeft bij maatschappelijke problemen, met name wanneer de politiek het langdurig laat afweten en de oplossing van die problemen steeds urgenter wordt. Zij spreken in dit verband van 'rechtsvinding 3.0'.

97 Zie ook Van de Gronden 2023.

98 Zie ook Van de Gronden 2022, par. 2.1.

99 Zie ook Van de Gronden 2023.

100 Er dient in dat geval aan vier cumulatieve voorwaarden te zijn voldaan: (1) de beperkende overeenkomst dient bij te dragen tot de verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang; (2) gebruikers moeten een billijk aandeel ontvangen van de uit de beperkende overeenkomst voortvloeiende voordelen; (3) de beperkingen moeten onmisbaar zijn voor het bereiken van deze doelstellingen; en (4) de overeenkomst mag de partijen niet de mogelijkheid geven om de mededinging uit te schakelen voor een wezenlijk deel van de betrokken producten.

101 Leidraad tariefafspraken zzp'ers, randnr. 55.

Mr. J. Kloostra

schappij besparingen oplevert omdat er naar verwachting minder aanspraak gedaan wordt op collectieve middelen.¹⁰² De mededingingsautoriteit werkt in de Leidraad vervolgens verder uit onder welke omstandigheden zzp'ers een beroep toekomt op de uitzonderingsbepaling van artikel 101 lid 3 VWEU.¹⁰³ De Commissie had in de richtsnoeren te kennen kunnen geven onder welke omstandigheden collectieve afspraken die betrekking hebben op zzp'ers zijn toegestaan.

Een nadeel aan de hiervoor genoemde route is dat partijen bij de collectieve afspraak steeds moeten aantonen dat de voordelen opwegen tegen de nadelen.¹⁰⁴ De Commissie had er daarom ook voor kunnen kiezen zogenoemde groepsvrijstellingen vast te stellen.¹⁰⁵ In een groepsvrijstelling kan de Commissie nader aanduiden welk type collectieve overeenkomsten onder welke voorwaarden is toegestaan.¹⁰⁶ In dit verband had zij bijvoorbeeld kunnen aansluiten bij de in de richtsnoeren genoemde categorieën. Mededingingsbeperkende afspraken die onder de reikwijdte van een dergelijke groepsvrijstelling vallen, worden niet getoetst aan het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU.¹⁰⁷ Een belangrijk voordeel van een groepsvrijstelling is aldus dat het de zekerheid biedt dat artikel 101 VWEU niet van toepassing is (een groepsvrijstelling is geen vorm van *soft law*).¹⁰⁸ Uit de toepasselijkheid van een groepsvrijstelling vloeit voort dat het EU-mededingingsrecht niet is geschonden en deze route biedt platformwerkers daarom meer rechtszekerheid.¹⁰⁹ Er valt dan ook wat voor te zeggen dat de Commissie alsnog de mogelijkheid van een groepsvrijstelling onderzoekt. Van de Gronden stipt aan dat deze alternatieve aanpak niet eenvoudig is en mogelijk tot discussie leidt, maar hij merkt terecht op dat dit bij de huidige aanpak van de Commissie evenzeer het geval is.¹¹⁰

Een ander alternatief was wellicht de toepassing van de zogenoemde Wouters-dochtrine (ook wel het 'leerstuk van de inherente beperking' genoemd¹¹¹) geweest, zo betoogde ook Laagland eerder.¹¹² Op basis van deze in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde leer overtreedt een mededingingsbeperkende afspraak het kartelverbod niet als de voornaamste doelstelling van de afspraak een beschermingswaardig belang dient en de concurrentiebeperkende gevolgen inherent zijn aan deze nage-

102 Van der Heul 2020.

103 Zie voor een nadere beschouwing Van der Heul 2020.

104 Van der Heul 2020.

105 Zie ook Van de Gronden 2023.

106 Vgl. Graef & Van den Boom 2021, p. 143. De Commissie heeft de bevoegdheid groepsvrijstellingen vast te stellen. Deze bevoegdheid ontleent de Commissie niet direct aan het VWEU, maar aan specifieke machtigingsverordeningen die de Raad van de Europese Unie vaststelt op grond van artikel 103 VWEU.

107 De afspraken waar een groepsvrijstelling betrekking op heeft, worden geacht te voldoen aan de criteria uit artikel 101 VWEU.

108 Graef & Van den Boom 2021, p. 143.

109 Van de Gronden 2022, par. 2.2.2.

110 Van de Gronden 2023.

111 Van de Gronden 2022, par. 2.1.2.3.

112 F.G. Laagland, Bindende minimumtarieven voor echte zelfstandigen, een analyse van het Nederlands en Europees recht, ArA 2020/3.

streefde doeleinden.¹¹³ Zo ging het in de Wouters-zaak om een verordening van de Nederlandse Orde van Advocaten, die het samengaan van advocatuur en accountancy binnen een bedrijf verbod. De mededingingsbeperkende afspraak viel buiten het bereik van artikel 101 lid 1 VWEU, nu deze volgens het Hof inherent noodzakelijk was om redenen van professionele ethiek verbonden aan de advocatuur. In de literatuur wordt wel betoogd dat het genoemde leerstuk de ruimte biedt om maatschappelijke belangen een rol te laten spelen bij de beoordeling of bepaalde afspraken in strijd zijn met het kartelverbod.¹¹⁴ De Commissie heeft evenwel niet onderzocht of de Wouters-doctrine een rol kan spelen rondom de bescherming van de arbeidsvoorwaarden van (sommige) zzp'ers.¹¹⁵ Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de Europese rechtspraak op dit punt nog niet volledig uitgekristalliseerd is en toepassing van deze doctrine thans nog met onzekerheden omgeven is.¹¹⁶

5 Conclusie

De door de Commissie uitgevaardigde richtsnoeren moeten platformwerkers, alsmede bepaalde andere zzp'ers, de ruimte bieden collectieve afspraken te maken. De Commissie bepaalt in de richtsnoeren dat zzp'ers die via een digitaal platform werken, vergelijkbaar zijn met werknemers en daarom collectieve afspraken mogen maken zonder in strijd te handelen met artikel 101 VWEU. Door meer in algemene zin te stellen dat platformwerkers collectief mogen onderhandelen, maakt de Commissie in de richtsnoeren geen onderscheid tussen afspraken die betrekking hebben op werknemers of op ondernemingen. Een onderscheid dat volgens het Hof van Justitie juist essentieel is voor de vraag of het mededingingsrecht van toepassing is. Hoewel het goed mogelijk is dat een platformwerker voor het mededingingsrecht een werknemer is, kan een platformwerker wel degelijk ook een onderneming zijn. Door in de richtsnoeren niet uit te gaan van de dichotomie tussen de begrippen 'werknemer' en 'onderneming' meen ik dat, in antwoord op de centrale onderzoeksvraag, de Commissie een andere benadering hanteert dan die van het Hof van Justitie. Wel geldt dat platformwerkers die collectieve afspraken maken geen sanctie van de Europese Commissie en/of de ACM hoeven te vrezen. Zowel de Commissie als de ACM is juridisch gebonden aan het eigen beleid. Er bestaat echter geen garantie dat de rechter (zoals het Hof van Justitie) de benadering uit de richtsnoeren volgt. Wellicht dat het Hof bereid is tot een nieuwe arbeidsrechtelijke nu-

113 Zie Van der Heul 2020.

114 Het Hof heeft bepaald dat de betreffende afspraken noodzakelijk en proportioneel moeten zijn om het beoogde legitieme maatschappelijke doel te bereiken. Als de publieke belangen die met de afspraken worden gediend aldus opwegen tegen de mededingingsbeperking, is er geen sprake van een overtreding van het in artikel 101 lid 1 VWEU neergelegde verbod. Zie voorts Van der Heul 2020.

115 Zo oppert ook Van de Gronden; zie Van de Gronden 2022, par. 2.1; J.W. van de Gronden, De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht, SEW 2015/11.

116 Van de Gronden 2015; Zie over de Wouters-doctrine in de context van de discussie over minimumtarieven voor zelfstandigen F.G. Laagland, Bindende minimumtarieven voor echte zelfstandigen, een analyse van het Nederlands en Europees recht, ArA 2020/3.

Mr. J. Kloostera

ancering te komen voor (bepaalde) zzp'ers. Dit laatste is echter niet waarschijnlijk. Als een collectieve overeenkomst met tariefafspraken voor zelfstandige platformwerkers aan het Hof wordt voorgelegd, dan is het mijns inziens goed mogelijk dat het Hof oordeelt dat de overeenkomst te dien aanzien in strijd is met artikel 101 VWEU. Deze laatste omstandigheid brengt aanzienlijke rechtsonzekerheid met zich.

Het signaal dat de Commissie met deze richtsnoeren afgeeft, is echter wel een welkome boodschap in de bredere discussie rondom platformwerk. Platformwerkers hebben over het algemeen een slechte onderhandelingspositie en hebben weinig inspraak in hun werkomstandigheden, en ze zijn sterk beperkt in de mogelijkheden hun positie collectief te versterken. De Commissie onderkent deze problematiek en tracht die met haar beleidsinstrument te doorbreken. Er gaat in ieder geval grote symbolische waarde uit van de richtsnoeren.