

# arrest

## GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector Civiel recht

Zaaknummer : 200.082.997/01

Zaak-/rolnummer rechtbank : 343076/HA ZA 09-2395

arrest van 9 juli 2013

inzake

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **FNV KUNSTEN INFORMATIE EN MEDIA**,  
gevestigd te Amsterdam,  
appellante,  
hierna te noemen: FNV,  
advocaat: mr. R.A.A. Duk te 's-Gravenhage,

tegen

**DE STAAT DER NEDERLANDEN** (Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, Nederlandse Mededingingsautoriteit),  
zetelend te 's-Gravenhage,  
geïntimeerde,  
hierna te noemen: de Staat,  
advocaat: mr. B.J. Drijber te 's-Gravenhage.

### Het geding

Voor het procesverloop tot aan het eerste tussenarrest van het hof van 20 november 2012 verwijst het hof naar dat arrest. Beide partijen hebben vervolgens nog een akte genomen. Ten slotte hebben partijen opnieuw arrest gevraagd.

### Beoordeling van het hoger beroep

1.1 Teneinde de in dit arrest gestelde prejudiciële vragen zo overzichtelijk mogelijk te presenteren wordt hieronder een groot deel van het tussenarrest van 20 november 2012 herhaald.

1.2 In 2006/2007 hebben de werknemersverenigingen FNV en de Nederlandse toonkunstenaarsbond (Ntb) enerzijds en de werkgeversvereniging Vereniging van Stichtingen Remplaçanten Nederlandse Orkesten (VSR) de CAO Remplaçanten Nederlandse Orkesten (hierna: de CAO) afgesloten. De CAO had onder meer betrekking op de tarieven die musici die invallen in een orkest en daartoe een dienstverband met dat orkest afsluiten (al dan niet op afroepbasis) minimaal zouden moeten ontvangen. De CAO bevatte als Bijlage 5 voorts de volgende bepaling:

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>940.971</u>
Luxemburg, <b>23-07-2013</b>
Fax / E-mail: _____
Neergelegd op: <u>22.07.13</u>
De Griffier, voor deze <i>Maria Manuela Ferreira</i> Hoofdadministrateur

### “Zelfstandige remplaçanten

Aan de zelfstandige remplaçant, d.w.z. remplaçanten waarmee een overeenkomst van opdracht en geen arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, wordt tenminste het in bijlage 2 genoemde repetitie- en concerttarief betaald plus 16%. Bedoelde zelfstandige remplaçant is geen werknemer in de zin van artikel 1 c van deze CAO. “

In bijlage 2 van de CAO zijn de minimumtarieven voor werknemersreplaçanten opgenomen. De 16% toeslag genoemd in bijlage 5 voor zelfstandige remplaçanten heeft ten doel de zelfstandige remplaçant in staat te stellen aan een pensioenverzekering bij te dragen overeenkomstig de pensioenbijdrage voor de werknemers in loondienst.

1.3 Hierna zullen personen die tegen betaling van een vergoeding invallen in orkesten worden aangeduid als ‘replaçanten’. Replaçanten die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn zullen worden aangeduid als ‘werknemersreplaçanten’. Replaçanten die werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht zullen worden aangeduid als ‘zelfstandige replaçanten’.

1.4 De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft, naar aanleiding van de CAO en met name bijlage 5 daarbij, in een op 5 december 2007 gepubliceerd visiedocument (hierna: het Visiedocument), voor zover thans van belang, het algemene, niet alleen op de CAO betrekking hebbende standpunt ingenomen, dat cao-bepalingen die betrekking hebben op minimumtarieven van zelfstandigen niet onder de zogenoemde ‘cao-exceptie’ vallen en dus niet onttrokken zijn aan het verbod van (thans) art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) respectievelijk art. 6 Mededingingswet (Mw). Onder ‘cao-exceptie’ wordt in dit verband verstaan de in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) ontwikkelde regel, inhoudende dat – in de samenvatting die het HvJEU in de zaak Pavlov (arrest van 12 september 2000, C-180/98) onder 67 van deze regel heeft gegeven – de in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners gesloten overeenkomsten, bedoeld ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden, wegens hun aard en doel moeten worden geacht buiten de werkingssfeer van art. 85 lid 1 EG-Verdrag (thans art. 101 VWEU) te vallen.

1.5 Naar aanleiding van dit standpunt van de NMa hebben de VSR en de Ntb de CAO opgezegd en geen nieuwe cao met FNV willen sluiten waarin een bepaling over zelfstandige replaçanten voorkomt. Sinds publicatie van het Visiedocument zijn geen cao’s meer overeengekomen waarin afspraken staan over de minimumtarieven voor zelfstandige replaçanten.

1.6 FNV is het niet eens met het standpunt van de NMa. FNV is *primair* van mening dat de afspraken over minimumtarieven voor zelfstandige replaçanten niet onder het verbod van de mededinging beperkende afspraken vallen, reeds omdat die afspraken in een collectieve arbeidsovereenkomst zijn neergelegd, *subsidiair* dat die afspraken niet onder dat verbod vallen, omdat zij in een collectieve arbeidsovereenkomst zijn neergelegd en met die afspraken (mede) wordt beoogd dat werknemers tegen onderbieding door replaçanten worden beschermd en *meer subsidiair* dat het verbod van art. 101 VWEU/art. 6 Mw toepassing mist omdat zelfstandige replaçanten geen ondernemers zijn. FNV voert in dit verband aan dat de voornaamste reden om minimumtarieven voor zelfstandige replaçanten te willen overeenkomen is te voorkomen dat replaçanten met een dienstverband worden onderboden, waaronder FNV verstaat dat werkgevers werknemersreplaçanten met een bestaand (oproep)contract niet meer oproepen dan wel potentiële werknemersreplaçanten niet meer in

dienst nemen, maar in plaats daarvan (tegen lagere tarieven) zelfstandige remplaçanten inschakelen. Tevens voert FNV aan dat de remplaçanten waar het in deze zaak om gaat niet als ondernemer kunnen worden gekwalificeerd, omdat zij geen substantiële investeringen doen, per uur worden betaald en geen ondernemersrisico lopen.

1.7 In dit geding vordert FNV, samengevat, (i) een verklaring voor recht dat het mededingingsrecht (art. 6 Mededingingswet/art. 101 VWEU) zich (in gevallen als hier aan de orde) niet verzet tegen een cao-bepaling die de werkgever ertoe verplicht tegenover zelfstandigen zonder personeel bepaalde minimumtarieven in acht te nemen, en dat publicatie van het Visiedocument jegens FNV onrechtmatig is, en (ii) een bevel aan de Staat tot rectificatie van het in het Visiedocument weergegeven standpunt.

1.8 De Staat stelt zich in dit geding op het standpunt dat, met uitzondering van gevallen waarin de cao wordt ontdoken door middel van papieren constructies, zelfstandige remplaçanten als ondernemer moeten worden beschouwd, zodat op hen onverkort het mededingingsrecht en niet de cao-exceptie van toepassing is.

1.9 De rechtbank heeft de vorderingen van FNV afgewezen. Zij overwoog dat het primaire standpunt van FNV onjuist is omdat uit de arresten van het HvJEU van 21 september 1999 (Albany (C-67/96), Brentjes (C-115/97-C-117/97) en Drijvende Bokken (C-219/97) als mede het arrest van 21 september 2000 (Van der Woude C-222-98), volgt dat de in de CAO opgenomen tariefbepaling voor zelfstandigen aan twee cumulatieve voorwaarden dient te voldoen, wil deze onder de cao-exceptie vallen. Een dergelijke tariefbepaling dient naar het oordeel van de rechtbank te zijn voortgekomen uit de sociale dialoog en te zijn afgesloten als collectieve overeenkomst tussen werkgevers- en werknemersorganisaties (eerste voorwaarde) én dient rechtstreeks bij te dragen aan de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van werknemers (tweede voorwaarde). Het tegengaan van onderbieding door "concurrerende" zelfstandigen is volgens de rechtbank hooguit te beschouwen als een indirecte en niet als een door het HvJEU vereiste rechtstreekse verbetering van de arbeidsvoorwaarden van werknemers. Nu niet voldaan is aan de tweede cumulatieve voorwaarde is de cao-exceptie niet van toepassing op cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en faalt ook het subsidiaire standpunt, aldus de rechtbank. Of in het onderhavige geval is voldaan aan de eerste voorwaarde heeft de rechtbank om die reden in het midden gelaten. Het meer subsidiaire standpunt heeft de rechtbank eveneens verworpen, aangezien FNV tegenover de gemotiveerde betwisting van de Staat onvoldoende heeft onderbouwd dat de zelfstandige remplaçant niet kan worden beschouwd als een ondernemer.

2.1 Voordat het hof de enige grief zal bespreken zal het ingaan op het preliminaire betoog van de Staat dat, ook indien de NMa in het Visiedocument een onjuist standpunt zou hebben ingenomen, dit nog niet meebrengt dat de NMa (en dus de Staat, van wie de NMa een onzelfstandig onderdeel is) daarmee ook onrechtmatig jegens FNV heeft gehandeld.

2.2 Het hof verwerpt dit verweer. Niet in geschil is dat FNV als gevolg van het in het Visiedocument neergelegde standpunt, dat blijktens paragraaf 6 van het visiedocument een nieuwe rechtsvraag betreft, geen cao's meer kan afsluiten waarin voorschriften worden opgenomen omtrent de minimumtarieven voor zelfstandige remplaçanten. Tegen die achtergrond heeft zij in ieder geval een gerechtvaardigd belang bij de door haar gevorderde verklaring voor recht, zodat FNV en haar (potentiële) contractspartners weten waar zij bij het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten aan toe zijn. Die verklaring voor recht is niet slechts toewijsbaar indien de Staat onrechtmatig jegens FNV heeft gehandeld.

3.1 De enige grief stelt in volle omvang de vraag aan de orde of het verbod op de mededinging beperkende afspraken van toepassing is op een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst voor werknemers, waarin is bepaald dat zelfstandigen die voor een werkgever hetzelfde werk verrichten als die werknemers op basis van een overeenkomst van opdracht een bepaald minimumtarief moeten ontvangen.

3.2 Niet in geschil is dat de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (WCAO) het toelaat dat een cao ook betrekking heeft op overeenkomsten van opdracht. Art. 1 WCAO, voor zover relevant, luidt immers als volgt:

1. Onder collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan de overeenkomst, aangegaan door een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers, waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.
2. Zij kan ook betreffen aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht. Hetgeen in deze wet omtrent arbeidsovereenkomsten, werkgevers en werknemers is bepaald, vindt dan overeenkomstige toepassing.

3.3 Art. 6 lid 1 Mededingingswet luidt als volgt:

Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemd feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Art. 16 aanhef en sub a Mededingingswet luidt als volgt:

Artikel 6, eerste lid, geldt niet voor:

A een collectieve arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst.

3.4 Uitgangspunt van de wetgever is geweest dat het regime van de Mededingingswet nauw zou aansluiten bij de mededingingsregels van de Europese Unie en dat de Mededingingswet niet strenger en niet soepeler is dan de EU-mededingingsregels. Art. 6 lid 1 Mw sluit nauw aan bij art. 101 VWEU. Partijen zijn het er dan ook over eens dat de hiervoor onder 3.1 geformuleerde vraag moet worden beantwoord aan de hand van het Europese recht. Aangezien zich hier het geval voordoet dat de nationale wetgever besloten heeft ook zuiver interne situaties op dezelfde wijze te behandelen als situaties die onder de werking van art. 101 VWEU vallen, is het hof van oordeel dat het HvJEU bevoegd is tot het beantwoorden van aan hem over de onderhavige materie gestelde prejudiciële vragen, hetgeen bevestigd wordt door het arrest van het HvJEU van 14 maart 2013, C-32/11.

3.5 Het hof is van oordeel dat het antwoord op de hiervoor onder 3.1 aangeduide vraag niet zonder meer valt af te leiden uit het VWEU of de rechtspraak van het HvJEU. Omdat de beslissing in het onderhavige geschil mede afhangt van de beantwoording van de vraag welke van de twee hiervoor omschreven opvattingen over de uitleg van art. 101 VWEU de juiste is, en over de beantwoording van die vraag twijfel kan bestaan, zal het hof daaromtrent

---

op de voet van art. 267 VWEU prejudiciële vragen aan het HvJEU stellen.

3.6 Ten aanzien van de omschrijving van de feiten waarop de door het Hof van Justitie te geven uitleg moet worden toegepast verwijst het hof naar de hiervoor onder 1.2 tot en met 1.9 3.1 vermelde feiten, waarvan te dezen moet worden uitgegaan. Het hof acht het noodzakelijk de volgende prejudiciële vragen aan het HvJEU te stellen:

- (1) moeten de mededingingsregels van het Unierecht aldus worden uitgelegd dat een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst, afgesloten tussen verenigingen van werkgevers en van werknemers, waarin is bepaald dat zelfstandigen, die op basis van een overeenkomst van opdracht voor een werkgever hetzelfde werk verrichten als de werknemers die onder de werking van de cao vallen, een bepaald minimumtarief moeten ontvangen, reeds op grond dat die bepaling voorkomt in een cao, buiten de werkingssfeer van art. 101 VWEU valt;
- (2) indien het antwoord op de eerste vraag ontkennend luidt, valt die bepaling dan buiten de werkingssfeer van art. 101 VWEU in het geval deze bepaling (mede) bedoeld is ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers die onder de werking van de cao vallen en is het daarbij nog van belang of die arbeidsvoorwaarden daardoor rechtstreeks of slechts indirect worden verbeterd.

3.7 Het hof heeft partijen in de gelegenheid gesteld zich over de formulering van de prejudiciële vragen uit te laten. Partijen hebben te kennen gegeven zich met de vraagstelling te kunnen verenigen.

3.8 FNV heeft nog aangevoerd dat zelfstandige remplaçanten niet als ondernemer kunnen worden gekwalificeerd en dat art. 6 Mw reeds om die reden niet op hen van toepassing is. Het hof is voorshands van oordeel dat dit betoog faalt. Zelfstandige remplaçanten voeren een onderneming omdat hun inkomsten afhankelijk zijn van de opdrachten die zij zelfstandig op de markt van remplaçanten weten te verwerven. Het hof acht aannemelijk dat zij als zodanig ook concurreren met andere remplaçanten. Dat zelfstandige remplaçanten mogelijk geen omvangrijke investeringen hoeven te doen doet daaraan onvoldoende af, waarbij het hof aantekent dat in veel gevallen toch in ieder geval sprake zal zijn van investeringen in muziekinstrumenten. Dat het hof een voorlopig oordeel geeft heeft niet ten doel de discussie over dit onderwerp in dit stadium te heropenen, maar houdt verband met de mogelijkheid dat het antwoord van het HvJEU op de te stellen prejudiciële vragen op dit punt een ander licht werpt.

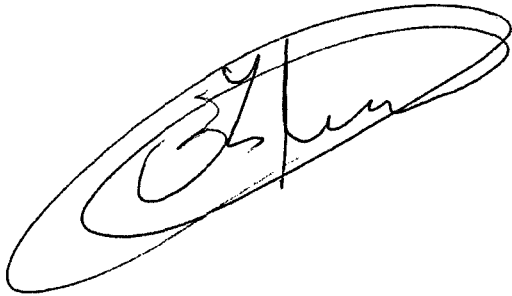
### **Beslissing**

Het hof:

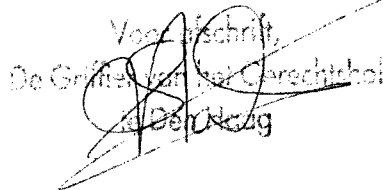
- verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot de hiervoor in 3.6 geformuleerde vragen uitspraak te doen;
- houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het Hof van Justitie naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

---

Dit arrest is gewezen door mrs. S.A. Boele, E.M. Dousma-Valk en T. R. Ottervanger en  
uitgesproken ter openbare terechtzitting van 9 juli 2013, in aanwezigheid van de griffier.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a vertical stroke.A vertical handwritten signature in black ink, consisting of a single long stroke that ends in a small flourish.

Voorschrift,  
De Griffier van het Gerechtshof  
de Dertig

A handwritten signature in black ink, written over a circular stamp. The signature is somewhat obscured by the stamp's lines.