

Tilburg University

## Platformwerkers en het mededingingsrecht

Graef, Inge; van den Boom, Jasper

*Published in:*

Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming

*Publication date:*

2021

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Graef, I., & van den Boom, J. (2021). Platformwerkers en het mededingingsrecht: Vloek of zegen voor de sociale bescherming? In M. S. Houwerzijl, S. H. M. Montebovi, & N. Zekić (Eds.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming: Sociaalrechtelijke uitdagingen in tijden van digitale transformatie* (Vol. 2021-1, pp. 135-158). (Monografieën Sociaal Recht; No. 78). Wolters Kluwer.  
[https://www.navigator.nl/document/ide9724f902350423ab14f377a6174230b?ctx=WKNL\\_CSL\\_2945](https://www.navigator.nl/document/ide9724f902350423ab14f377a6174230b?ctx=WKNL_CSL_2945)

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Platformwerkers en het mededingingsrecht: vloek of zegen voor de sociale bescherming?

*Inge Graef & Jasper van den Boom*

### **7.1 Inleiding**

Binnen het thema platformisering van arbeid, waarop dit boek zich richt, analyseert dit hoofdstuk welke rol het mededingingsrecht kan spelen om de sociale bescherming van platformwerkers te waarborgen. Platforms hebben ons grote maatschappelijke voordelen gebracht. Grensoverschrijdende handel is gemakkelijker, waardoor de economische groei toeneemt: consumenten profiteren door de komst van aanbieders als Uber en Deliveroo van meer keuze in diensten, en voor bedrijven en zelfstandigen is de drempel om zelf producten en diensten aan te bieden lager dan voorheen, doordat platforms als schakel naar consumenten fungeren. Inmiddels is het echter duidelijk dat de opkomst van platforms ook nadelige neveneffecten heeft.

Op zichzelf is sociale bescherming geen doel van het mededingingsrecht. Door het bevorderen van concurrentie kan mededingingshandhaving echter leiden tot uitkomsten op de markt die ook andere beleidsdoelen, waaronder de sociale bescherming van werkenden helpt te bereiken. Zo kan het mededingingsrecht ingezet worden om uitbuiting van platformwerkers door een onderneming met een economische machtspositie tegen te gaan. Daarnaast beschermt het mededingingsrecht de concurrentie op de markt, zodat platformwerkers eventueel van opdrachtgever kunnen wisselen. Aan de andere kant kunnen platformwerkers die als zelfstandigen worden aangemerkt ook beperkt worden door het mededingingsrecht, bijvoorbeeld in hun recht collectief te onderhandelen.

De centrale onderzoeksvraag in dit hoofdstuk is in hoeverre het mededingingsrecht een vloek dan wel een zegen is voor de sociale bescherming van platformwerkers. De focus ligt hierbij op de toepassing van het Europese mededingingsrecht op de Nederlandse situatie voor platformwerkers. Paragraaf 7.2 bekijkt de positie van platformwerkers vanuit het perspectief van het kartelverbod uit art. 101 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), waarna paragraaf 7.3 zich richt op de toepassing van het verbod op misbruik van machtspositie uit art. 102 VWEU. Zoals toegelicht in paragraaf 7.4, laat de analyse zien dat belangrijke vragen over de verhouding van platformwerkers tot het mededingingsrecht nog niet helemaal beantwoord zijn, maar dat er ruimte is de

mededingingsregels te interpreteren op een manier die ook belangen gerelateerd aan sociale bescherming bevordert.

## 7.2 Artikel 101 VWEU: de positie van platformwerkers en de mogelijkheid tot algoritmisch management

Platformwerk is een recente doch populaire ontwikkeling op de arbeidsmarkt. Dit type arbeid wordt verricht op diverse manieren en in diverse sectoren. De fietsbezorgers met Deliveroo-tassen zijn inmiddels een deel van het Nederlandse straatbeeld, maar er zijn ook diverse aanbieders voor platformwerk dat zich puur online afspeelt. Om deze verschillende vormen van platformwerk te bespreken wordt in dit hoofdstuk waar relevant een onderscheid gemaakt tussen (i) 'online platformarbeid' (het aanbieden van online werkzaamheden zoals vertalen of transcriberen) en (ii) 'offline platformarbeid' (het verrichten van o.a. vervoer en bezorgdiensten met aansturing via de app van een platform).<sup>1</sup>

De platformwerkers die worden ingezet door deze ondernemingen bevinden zich in een unieke arbeidspositie: ze zijn noch 'klassieke' werknemers, noch 'klassieke' zelfstandigen. De platforms stellen dat platformwerkers zelfstandige ondernemers zijn en dat de platforms enkel coördinatie bieden aan hun 'partners' (de platformwerkers). Deze rol kan echter als problematisch worden gezien binnen het Europese mededingingsrecht: coördinatie van marktgedrag tussen zelfstandige ondernemers kan in bepaalde gevallen in strijd zijn met het kartelverbod. In art. 101 VWEU is neergelegd dat het verboden is voor ondernemingen om afspraken te maken die de mededinging binnen de interne markt kunnen vervalsen. Vooral afspraken met betrekking tot de prijs of de verdeling van een markt worden als problematisch aangemerkt. Een vraag is of een bedrijfsmodel zoals dat van Uber, waarin centraal prijzen worden vastgesteld en ritten worden verdeeld tussen de 'partners'<sup>2</sup> van het platform, op gespannen voet staat met het kartelverbod. Zo ja, dan zou dit positief zijn voor platformwerkers die meer controle over hun activiteiten moeten krijgen van het platform om mededingingsaansprakelijkheid te voorkomen. Het kartelverbod kan echter ook een beperkende werking opleveren voor platformwerkers om collectief te onderhandelen: een onderhandeling over het minimumloon zou namelijk ook gezien kunnen worden als een prijsafpraak.<sup>3</sup>

Door deze verboden zitten zowel de platforms als de platformwerkers vast tussen het mededingingsrecht en het arbeidsrecht. Wanneer platforms de platformwerkers als ondernemers aanmerken, riskeren zij een inbreuk te maken op het mededingingsrecht, afhankelijk van de coördinerende rol die zij op zich nemen. Dit kan voorkomen worden door de platformwerker als werknemer aan te merken, met de bijkomstigheid dat het

1 Lianos et al. 2018, p. 4.

2 De term 'partners' wordt gebruikt door Uber om de chauffeurs aan te merken als zelfstandige partners in plaats van medewerkers; door critici wordt dit gezien als een mogelijke schijnconstructie, waardoor platforms de toepassing van arbeidsrechtelijke bescherming kunnen ontwijken. Een van de centrale vraagstukken omtrent de toepassing van het mededingings- en arbeidsrecht op platformwerk is het vraagstuk in welke mate deze 'partners' zich gedragen als medewerkers of als zzp'ers.

3 Daskalova 2018, p. 471.

platform ook aan de normen voor sociale bescherming door werkgevers moet voldoen.<sup>4</sup> In de praktijk valt de platformwerker echter tussen deze twee definities van 'ondernemer' en 'werknemer' in, waardoor deze noch de sociale bescherming geniet noch het vermogen heeft om collectief te onderhandelen. De platformwerker die zich in een zwakkere positie bevindt ten opzichte van het platform heeft hierdoor slechts beperkte middelen ter beschikking om voorwaarden te bedingen met het platform. In dit deel van het hoofdstuk worden de beschermende en beperkende factoren van art. 101 VWEU voor de positie van platformwerkers besproken, alsmede manieren om synergie te creëren tussen de doelen van het mededingingsrecht en het arbeidsrecht ter bevordering van de positie van platformwerkers.

### **7.2.1 *Het collectief onderhandelingsvermogen van platformwerkers in het licht van artikel 101 VWEU***

Binnen het Europese mededingingsrecht heeft de term 'onderneming' een eigen definitie. Een onderneming is 'iedere entiteit die zich bezighoudt met economische activiteiten'.<sup>5</sup> Het Hof geeft een zeer brede invulling aan de term 'economische activiteiten' en de term 'onderneming', waardoor ook non-profitorganisaties en (delen van) overheidsinstanties binnen het begrip vallen voor een optimale werking van het kartelverbod.<sup>6</sup> Ondanks de ruime definitie van 'onderneming' worden werknemers echter expliciet niet gezien als ondernemers in de zin van het mededingingsrecht. Werknemers zijn, voor de duur van hun arbeidsrelatie, een onderdeel van de onderneming die hen in dienst heeft genomen en vormen gezamenlijk met de werkgever een economische entiteit.<sup>7</sup> De classificatie als zelfstandig ondernemer betekent daarmee dat de platformwerker niet alleen uitgesloten is van sociale bescherming in de vorm van (o.a.) arbeidsverzekeringen en pensioensopbouw, maar dat deze ook onderhevig is aan het kartelverbod. Hiermee ontstaat een mismatch tussen de doelen van het arbeidsrecht en de toepassing van het mededingingsrecht. De platformwerker bevindt zich in een asymmetrische machtsverhouding ten opzichte van het (machtige) platform, maar kan geen aanspraak maken op de rechtsbescherming voor werknemers via het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht. Tevens wordt de platformwerker beperkt in het vermogen om collectief te onderhandelen.<sup>8</sup> Dit probleem van 'schijnzelfstandigheid' is reeds opgemerkt door onder meer Collins in 1990 en is dus niet nieuw, maar het mededingingsrecht voorziet vooralsnog niet in middelen om rekening te houden met de heterogeniteit van de mate van zelfstandigheid voor ondernemers.<sup>9</sup>

#### **7.2.1.1 *De mogelijkheid tot collectief onderhandelen voor ondernemers volgens Europees recht***

In de Europese rechtsorde zijn er reeds een aantal zaken geweest over de legaliteit van collectieve onderhandelingen door kleine zelfstandige ondernemers. Hierin heeft het Hof

4 Nowag 2016, p. 94-103.

5 HvJ EU 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*).

6 Whish & Bailey 2018, p. 83-89.

7 HvJ EU 16 september 1999, C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419 (*Jean Claude Becu*).

8 Daskalova 2018, p. 470-472, 496-497.

9 Daskalova 2018, p. 8; Collins 1990, p. 369.

gepoogd een balans te vinden tussen de doelen van het arbeids- en het mededingingsrecht. De kenmerkende uitspraken van het Europees Hof betreffen die in de zaken *Albany*, *Pavlov* en *FNV KIEM* en zijn demonstratief voor deze complexe weging van belangen.<sup>10</sup> In de eerste zaak, *Albany*, bepaalde het Hof dat een collectieve overeenkomst zoals neergelegd tussen werkgevers en vakbonden die zowel werknemers als zelfstandige ondernemers in die sector vertegenwoordigden, ook voor zelfstandigen geldt.<sup>11</sup> Het Hof benoemde in *Albany* dat, ondanks de mededingingsbeperkende werking van de collectieve overeenkomst in die zaak, een dergelijke collectieve overeenkomst buiten de werkingssfeer van art. 101 VWEU moet vallen omdat anders 'de met dergelijke overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek ernstig worden belemmerd'.<sup>12</sup> Hiermee poogt het Hof expliciet de juiste balans te vinden tussen de doelen van de respectieve rechtsgebieden. In de *Pavlov*-zaak, die één jaar na *Albany* plaatsvond, demonstreert het Hof echter dat dit vermogen tot collectief onderhandelen voor ondernemers beperkt moet worden uitgelegd. In deze zaak was voor zelfstandige ondernemers in de medische sector deelname aan een pensioenfonds wettelijk verplicht gesteld door de Nederlandse staat.<sup>13</sup> In deze zaak bepaalde het Hof echter dat het besluit van de staat om de deelname aan een dergelijk pensioenfonds te beperken tot zelfstandige ondernemers het effect heeft om illegale overeenkomsten onder art. 101 VWEU aan te gaan of te versterken en dat de verdragen geen aanleiding geven hiervoor een uitzondering te maken.<sup>14</sup> Het verschil tussen *Albany* en *Pavlov* is dat in *Albany* de collectieve overeenkomst is gesloten tussen sociale partners (werkgevers- en werknemersorganisaties). In *Pavlov* daarentegen handelden de ondernemers zelf als collectief.<sup>15</sup> Zodoende was er in de eerste zaak geen sprake van een illegale afspraak tussen ondernemers en in de tweede wel, ondanks dat deze afspraken hetzelfde doel dienden: het ontwikkelen van een hoog niveau van werkgelegenheid en sociale bescherming en een harmonieuze ontwikkeling van de economische activiteit.<sup>16</sup> Zodoende kunnen de platformwerkers ingevolge *Pavlov* niet gezamenlijk onderhandelen zonder vertegenwoordiging door een sectorbrede vakbond; een overeenkomst die daaruit voortvloeit is in strijd met art. 101 VWEU. Dit is echter enkel zo wanneer de platformwerkers worden gezien als 'echte' zelfstandigen.<sup>17</sup>

*FNV KIEM* bevestigt maar nuanceert de uitspraak in *Pavlov*. In *FNV KIEM* is sprake van een werknemersvereniging die zowel werknemers als zelfstandige ondernemers vertegenwoordigt, net als in *Albany*. Het verschil tussen *Albany* en *FNV KIEM* is echter dat in de laatste de collectieve overeenkomst enkel was onderhandeld ter bescherming van de positie van de zelfstandigen, en zodoende niet voor zowel het welzijn van de werknemers

10 HvJ EU 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*); HvJ EU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-4/98, ECLI:EU:2000:428 (*Pavlov*); HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*).

11 Lianos et al. 2018, p. 12-13; HvJ EU 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*), paragraaf 59-64.

12 HvJ EU 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*), paragraaf 54, 59.

13 HvJ EU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-4/98, ECLI:EU:2000:428 (*Pavlov*), paragraaf 102.

14 HvJ EU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-4/98, ECLI:EU:2000:428 (*Pavlov*), paragraaf 68-69.

15 HvJ EU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-4/98, ECLI:EU:2000:428 (*Pavlov*), paragraaf 68.

16 HvJ EU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-4/98, ECLI:EU:2000:428 (*Pavlov*), paragraaf 63; *Albany*, paragraaf 54.

17 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*).

als ondernemers gesloten was. Hierdoor bepaalt het Hof dat de werknemersvereniging daarmee optreedt als ondernemersvereniging en niet is uitgesloten van de werkingsfeer van art. 101 VWEU ingevolge *Pavlov*.<sup>18</sup> Het Hof volgt deze redenering echter op door een uitzondering te maken voor 'schijnzelfstandigen', waar de positie van de ondernemer meer elementen heeft van het begrip 'werknemer' dan van 'onderneming' in de context van de Europese rechtsorde.<sup>19</sup> Het Hof biedt hierbij een aantal concrete toetsingscriteria die voortvloeien uit jurisprudentie binnen het Europese arbeidsrecht: er moet gekeken worden of sprake is van een ondergeschiktheidsrelatie tijdens de duur van de contractuele verplichtingen, of het takenpakket van de ondernemer en werknemer hetzelfde is en naar de plaats en wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken.<sup>20</sup> De toetsingscriteria van *FNV KIEM* zijn reeds toegepast door de Nederlandse rechter in de tweede *Deliveroo*-zaak, waarin de rechtbank Amsterdam besloot dat de bezorgers van Deliveroo aangemerkt moeten worden als werknemers op basis van de mate van gezag dat wordt uitgeoefend door het platform (o.a. in de vorm van een centraal rooster voor de bezorgers en het opleggen van sancties voor het weigeren van een klus).<sup>21</sup> *FNV KIEM* biedt zodoende enige bescherming aan platformwerkers: indien het platform te veel gezag uitoefent over de platformwerkers moeten deze als werknemer worden gezien en mogen ze aanspraak maken op bescherming van het arbeidsrecht en mogen ze collectief onderhandelen zonder beperkt te worden door het mededingingsrecht.<sup>22</sup>

Het probleem van de mismatch tussen het arbeidsrecht en het mededingingsrecht is echter nog niet opgelost met de uitspraak in *FNV KIEM*. De uitspraak ziet enkel op situaties waarin sprake is van schijnzelfstandigheid; zodoende geldt het alleen voor situaties waarin de classificatie van werknemer als ondernemer verkeerd is.<sup>23</sup> Er is echter een breder spectrum aan mate van zelfstandigheid van platformwerkers in de kluseconomie die niet uitgesloten zijn van het mededingingsrecht, maar zich toch in een asymmetrische machtspositie bevinden ten opzichte van het platform.<sup>24</sup> Voor de echte 'semizelfstandigen' – duidend op een platformwerker die wel over voldoende mate van zelfstandigheid beschikt om niet aangemerkt te worden als werknemer, maar niet volledig zelfstandig is – biedt *FNV KIEM* geen oplossing, doordat er wordt vastgehouden aan de lijn van *Pavlov*. Het is zeer risicovol voor semizelfstandigen zoals platformwerkers om collectief enige bescherming te bedingen, omdat er een grote kans blijft bestaan dat dit leidt tot aansprakelijkheid onder art. 101 VWEU.<sup>25</sup>

Het is daarmee de vraag of het de juiste beslissing was om af te wijken van de conclusie van advocaat-generaal Wahl in *FNV KIEM*, waarin hij een toetsing voorstelde waarbij wordt gekeken naar: (i) het risico op social dumping en (ii) de vraag of de afgesproken bepalingen

18 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), paragraaf 21-30.

19 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), paragraaf 33-42.

20 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*), paragraaf 37.

21 Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (*Deliveroo*), paragraaf 20.

22 Zie hierboven aan het begin van paragraaf 7.2 (laatste alinea voorafgaand aan subparagraaf 7.2.1).

23 Voor een interpretatie van de *FNV KIEM*-uitspraak voor de Nederlandse context, zie Grosheide 2015.

24 Daskalova 2018, p. 467.

25 Daskalova 2018, p. 463, 471-473.

noodzakelijk zijn om social dumping te voorkomen.<sup>26</sup> De advocaat-generaal is het eens met de FNV dat de arbeidspositie van de werknemer en zelfstandige in dezelfde sector onlosmakelijk verbonden zijn met elkaar. Wanneer de werknemer eenvoudig vervangen kan worden door zelfstandigen, kan dit een sterke afbreuk doen aan de stabiliteit van de dienstbetrekking voor werknemers. Daarnaast ondermijnt de aanwezigheid van goedkope zelfstandigen de *raison d'être* van de collectieve onderhandeling: de uitschakeling van loonconcurrentie. Indien werknemers weten dat ze bij het eisen van betere arbeidsomstandigheden eenvoudig kunnen worden vervangen door werkers die buiten de cao vallen, is hun onderhandelingspositie ernstig verzwakt. Zodoende vergroot de aanwezigheid van schijnzelfstandigen het risico op social dumping ernstig.<sup>27</sup> De toetsing die wordt voorgesteld in de conclusie ziet daarmee enkel op de vraag of de collectieve overeenkomst de arbeidsvoorwaarden van werknemers verbetert door te voorkomen dat de werknemer wordt vervangen door een zelfstandige voor wie het tarief niet gebonden is aan het minimumloon.<sup>28</sup> Deze oplossing had semi- en echte zelfstandigen handvatten geboden zelf vakbonden op te richten om minimumvoorwaarden te stellen aan de vergoeding voor diensten. Het toetsen van het verschil tussen echte en schijnzelfstandigen zou van verminderd belang zijn, mits de afspraken enkel toezien op het voorkomen van social dumping.<sup>29</sup>

De gekozen lijn van het Hof in de uitspraak in *FNV KIEM* geeft wellicht onvoldoende zekerheid aan deze groep zelfstandigen om zich te verenigen en collectief te onderhandelen, omdat dit nog steeds als een kartel aangemerkt kan worden.<sup>30</sup> De wetgevende macht kan hier een uitkomst bieden door een minimumloon voor zzp'ers vast te leggen of de 'cao-exceptie' duidelijk te omlijnen zodat zzp'ers weten wat hun vermogen is om collectief te onderhandelen. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) heeft de 'Leidraad voor tariefafspraken voor zzp'ers' in juni 2020 geactualiseerd toen het kabinet besloot om een wettelijk minimumtarief voor zzp'ers definitief van tafel te doen.<sup>31</sup>

### 7.2.1.2 *Hoe de wetgever synergie tussen het arbeids- en mededingingsrecht kan bevorderen*

Tussen twee private ondernemingen geldt het beginsel van contractsvrijheid. Deze vrijheid wordt in principe enkel ingeperkt wanneer er sprake is van een duidelijke asymmetrische machtspositie van een partij ten opzichte van de andere (zoals gezien in consumentenbescherming en arbeidsrecht).<sup>32</sup> Dit beginsel kan opzij worden gezet wanneer *ex post* blijkt dat een van de partijen geen vrijheid had bij het aangaan van dat contract, bijvoorbeeld doordat een partij ernstig onder druk werd gezet.<sup>33</sup> Bij platformwerkers is er ook sprake

26 Concl. A-G 11 september 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2215 (*FNV KIEM*), paragraaf 83.

27 Concl. A-G 11 september 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2215 (*FNV KIEM*), paragraaf 67-89.

28 Concl. A-G 11 september 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2215 (*FNV KIEM*), paragraaf 100.

29 Hoekstra 2018, p. 44.

30 Boonstra 2016; Daskalova 2018, p. 487-490.

31 Brandsma, 'Minimumtarief voor zzp'ers van tafel, kabinet zoekt naar nieuwe vormen van bescherming', *Trouw*, 15 juni 2020. Zie sectie 2.1.2 voor een bespreking van deze leidraad; Autoriteit Consument en Markt, *Leidraad Voor Tariefafspraken zzp'ers*, 2019; voor een uiteenzetting van de voor- en nadelen van een minimumtarief zie Canoy & Hellingmans 2018.

32 Daskalova 2018, p. 491.

33 Daskalova 2018, p. 499.

van een asymmetrische machtspositie die de wetgever kan erkennen om bescherming te bieden. Het is aan de wetgevende macht of toezichthouder – in Nederland kan de Autoriteit Consument en Markt door middel van leidraden ingrijpen – om duidelijke parameters te stellen waarbinnen collectief onderhandeld mag worden, of andere interventies te bewerkstelligen ter bescherming van de platformwerker. Dit zou leiden tot aanzienlijk meer rechtszekerheid voor de semizelfstandige dan het vertrouwen op principes uit de rechtspraak. Ingrepen kunnen (o.a.) plaatsvinden in de vorm van leidraden, groepsvrijstellingen, prijsregulering of het introduceren van basisrechten (zoals het recht op non-discriminatie na het niet aannemen van een klus, of dataportabiliteit om met dezelfde reputatie bij een concurrerend platform aan de slag te gaan).<sup>34</sup>

Lianos et al. (2018) hebben vier scenario's uiteengezet voor de toekomst van platformwerk. In het eerste scenario blijft het Hof per geval bekijken van welke mate van zelfstandigheid sprake is. De tweede mogelijkheid is om binnen het mededingingsrecht een aantal categorieën van 'valse' zelfstandigheid op te nemen, die uitgesloten worden van de toepassing van het mededingingsrecht om uitbuiting van laagdrempelige arbeid (waar de werkgever een ruime keuze heeft en dit de onderhandelingspositie van de zzp'er beperkt) te voorkomen.<sup>35</sup> Een derde scenario is een sterke uitbreiding van het concept van werknemer om *ex ante* alle platformwerkers in (bijvoorbeeld) 'offline platformarbeid' te omvatten en een vierde mogelijkheid bestaat in het herzien van het mededingingsrecht om sociale marktdoelen mee te nemen en daarmee af te stappen van de strikte economische benadering.<sup>36</sup> Het eerste scenario staat gelijk aan de huidige benadering en lijkt onwenselijk gezien de grote mate van rechtsonzekerheid en de kosten die verbonden zijn aan het herhaaldelijk procederen. Daarentegen lijkt het vierde scenario – de meeste vergaande ingreep – onwaarschijnlijk om op korte termijn te realiseren.

Het tweede en derde scenario ogen echter veelbelovend. Het minst ingrijpende middel is het aanpassen van de relevante richtsnoeren door de Europese Commissie, wat ook licht kan werpen op wat de Commissie ziet als al dan niet zelfstandige arbeid en wat dit betekent voor de rechten van de platformwerkers om collectief te onderhandelen. Vooral met de speerpunten van Commissie Von der Leyen voor een 'economie vóór de burger' en een 'Europa dat klaar is voor digitalisering' lijkt een dergelijke wijziging van de prioriteiten van het mededingingsrecht goed denkbaar.<sup>37</sup> Dit wordt tevens bevestigd door de uitspraken van Eurocommissaris Vestager dat platformwerkers moeten kunnen samenwerken om hun rechten te beschermen en dat het mededingingsrecht ze daarin niet zal hinderen.<sup>38</sup> In maart 2020 opende de Commissie een openbare raadpleging over de vraag hoe gezorgd kan worden dat de Europese mededingingsregels niet in de weg staan

34 Daskalova 2018, p. 491-500.

35 Canoy & Hellingmans 2018, p. 184.

36 Voor een uitgebreide discussie over deze mogelijkheden zie Lianos et al. 2018, p. 22-37.

37 U. von der Leyen, *A Union That Strives For More – My Agenda For Europe, Political guidelines for the next European Commission 2019-2024*, 2019, beschikbaar via [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf).

38 Toespraak Eurocommissaris voor de Mededinging Margrethe Vestager, 'Competition and sustainability', *GCLC Conference on Sustainability and Competition Policy*, Brussels, 24 oktober 2019, beschikbaar via [https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200524/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-sustainability\\_en](https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200524/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-sustainability_en).



aan collectieve onderhandeling door zelfstandigen die dat nodig hebben.<sup>39</sup> Het aannemen van nieuwe maatregelen op EU-niveau kan een mogelijke uitkomst van dit proces zijn.

Het uitvaardigen van richtsnoeren (of leidraden) vindt op nationaal niveau reeds plaats, waarbij de nationale mededingingsautoriteiten moeten blijven binnen de grenzen van het Europees mededingingsrecht. In Nederland is door de ACM de *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers* uitgevaardigd. Hierin heeft de ACM vastgelegd voor welk type afspraken er cao-uitzonderingen gelden. Ingevolge de Leidraad vallen cao-bepalingen binnen de exceptie wanneer ze (i) het resultaat zijn van een sociale dialoog tussen organisaties van werkgevers en werknemers (het aardvereiste) en (ii) rechtstreeks leiden tot een verbetering van de arbeidsvoorwaarden en/of bescherming van de werkgelegenheid (het doelvereiste).<sup>40</sup> Het document volgt in de uitleg van die criteria strikt de uitspraak van het Hof in *FNV KIEM*.<sup>41</sup>

Hiermee legt de ACM de wijze uit waarop de uitzonderingen op art. 101 VWEU doorwerking krijgen in het Nederlands recht. Waar Daskalova (2018) aangeeft dat het onwaarschijnlijk is dat onder de Europese interpretatie zal worden voldaan aan de eisen die dit artikel stelt aan een uitzondering, hanteert de ACM een brede uitleg waaronder semizelfstandigen bescherming kunnen vinden.<sup>42</sup> Volgens de Leidraad mag een groep zzp'ers collectief onderhandelen over o.a. minimumtarieven wanneer er voldaan wordt aan vier criteria<sup>43</sup>:

- a) De afspraak waarborgt een objectief vast te stellen minimale sociale bescherming.
- b) Zonder afspraak komt deze bescherming niet tot stand en de afspraak gaat niet verder dan voor het bereiken van dit doel noodzakelijk is.
- c) Een billijk deel van de voordelen van de afspraken komt ten goede aan de directe en indirecte afnemers.
- d) Er blijft voldoende ruimte over voor concurrentie tussen zelfstandigen.

Via deze criteria voor een gerechtvaardigde afspraak geeft de ACM door middel van een leidraad zowel gehoor aan het Europese recht als een reële en duidelijke mogelijkheid voor zzp'ers om collectief op te treden. De ACM geeft een uitgebreide uitleg over de eisen die worden gesteld aan ondernemersverenigingen om aan de voorwaarden te voldoen.<sup>44</sup> Zodoende vindt de voorgestelde toetsing door advocaat-generaal Wahl toch doorwerking in het Nederlandse mededingingsrecht. Een vergelijkbaar richtsnoer op Europees niveau zou veel duidelijkheid bieden over de toekomst van platformwerkers over de gehele Unie en de bevoegde autoriteiten van de lidstaten.

39 Europese Commissie, *Inception impact assessment: 'Collective bargaining agreements for self-employed – scope of application of EU competition rules'*, Ref. Ares(2021)102652 – 06/01/2021, beschikbaar via [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12483-Collective-bargaining-agreements-for-self-employed-scope-of-application-EU-competition-rules#574486\\_20210106114658](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12483-Collective-bargaining-agreements-for-self-employed-scope-of-application-EU-competition-rules#574486_20210106114658).

40 *Leidraad Voor Tariefafspraken zzp'ers*, 2019, paragraaf 43.

41 Ook bespreekt de leidraad tevens de bagatel-uitzondering, welke de *de minimis*-normen uitlegt die afspraken tussen ondernemingen uitzonderen van het nationale mededingingsrecht, afhankelijk van de omzet en marktaandelen van ondernemingen. *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers*, 2019, paragraaf 40-43.

42 Daskalova 2018, p 494; *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers*, 2019, paragraaf 45.

43 *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers*, 2019, paragraaf 56.

44 *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers*, 2019, paragraaf 49-65.

Een ingrijpender middel is een Algemene Vrijstellingsverordening waarin bepaalde categorieën van laagdrempelige arbeid kunnen worden uitgesloten van de werkingsfeer van het mededingingsrecht. Zo'n aanpak lijkt haalbaar en ook bruikbaar, omdat in een Vrijstellingsverordening duidelijk gespecificeerd kan worden wat toelaatbaar is voor collectief optreden en aan welke criteria dit moet voldoen. Een voorbeeld is de Ierse '2002 Competition Act', waar reeds een onderscheid wordt gemaakt tussen schijnzelfstandigen en 'echte' zelfstandigen.<sup>45</sup> In deze Competition Act is tevens een toetsingskader opgenomen op basis waarvan de ondernemer zich kan aanmelden voor de uitzondering (dus om aangemerkt te worden als schijnzelfstandige), namelijk als: (i) er geen of minimale economische effecten op de markt plaatsvinden waarin de categorie zelfstandigen opereert, (ii) er geen of minimale verliezen zijn voor de staat en (iii) er op geen andere wijze inbreuk wordt gemaakt op de voorwaarden die worden gesteld door de Competition Act of de gehele rechtsorde (inclusief de Europese rechtsorde).<sup>46</sup>

Een vergelijkbare uitzondering als in de Ierse wet kan gemaakt worden door de Europese wetgever, waardoor er op pan-Europees niveau duidelijkheid kan worden geschept en de rechten van semizelfstandigen en schijnzelfstandigen geharmoniseerd worden. Verder wijzen Lianos et al. (2018) er ook op dat het mogelijk is voor de Europese wetgever om een verder onderscheid te maken tussen volledig zelfstandigen, semizelfstandigen en schijnzelfstandigen.<sup>47</sup> Door af te stappen van het binaire onderscheid tussen zelfstandige en werknemer kan meer flexibiliteit worden gecreëerd in de sociale bescherming van de 'nieuwe zelfstandigen' in de dynamische kluseconomie.

### 7.2.2 Platforms als kartelondersteuners

In de vorige sectie is art. 101 VWEU besproken als 'obstakel' voor het behartigen van het belang van de platformwerker. Dezelfde bepaling beperkt echter ook de mogelijkheden voor platforms om de mededinging op de markt te verstoren en kan hiermee indirect ook positief zijn voor de positie van de platformwerker. Wanneer platformwerkers worden gezien als (volledig) zelfstandig kan een platform mogelijk worden aangemerkt als kartelondersteuner. Ingevolge art. 101 VWEU is het verboden om vormen van coördinatie aan te bieden die de mededinging vervalsen. Deze coördinatie kan zowel plaatsvinden door bedrijven binnen één markt of door een bedrijf dat buiten de relevante markt opereert, maar wel coördinatie aanbiedt. Het vraagstuk of die tweede vorm van coördinatie binnen de werkingsfeer van art. 101 VWEU valt, is relevant voor platforms die zich veelal profileren als 'informatiebedrijf' dat niet binnen dezelfde markt opereert als de ondernemers die ze aansturen, bijvoorbeeld Uber dat zelf alleen een app, maar geen vervoersdiensten aanbiedt. Het is tevens mogelijk dat het platform binnen een andere productmarkt valt dan de platformwerker (in de *Airbnb*-zaak wordt het platform aangemerkt als informatiedienst, terwijl de verhuurders accommodatiediensten leveren).<sup>48</sup> Dit hindert de werking van art. 101 VWEU echter niet, gelet op het arrest *Treuhand*.<sup>49</sup> In deze zaak bood een consultancybureau ter ondersteuning

45 Lianos et al. 2018, p. 30.

46 Lianos et al. 2018, p. 30-31.

47 Lianos et al. 2018, p. 14.

48 HvJ EU 19 december 2019, C-390/18, ECLI:EU:2019:1112 (*Airbnb Ireland*).

49 HvJ EU 22 oktober 2015, C-194/14P, ECLI:EU:C:2015:717 (*Treuhand*).

van een kartel diensten aan ter verzameling, verwerking en exploitatie van marktgegevens, maar was zelf niet actief op de markt waarop het kartel plaatsvond.<sup>50</sup> Het Hof bepaalde echter dat om de effectiviteit van art. 101 VWEU te waarborgen het faciliteren van een kartel ook onder het verbod valt, niet enkel het direct deelnemen aan een kartel.<sup>51</sup> Het is daarmee duidelijk dat de platforms verantwoordelijk blijven voor de coördinatie die zij aanbieden, ongeacht de markt waarin zij stellen te opereren.

Bij een platform als Uber is er geen afspraak tussen alle partijen om prijzen te stellen, maar hebben duizenden (kleine) ondernemingen een individuele overeenkomst met het platform dat vervolgens een (maximale) prijs vaststelt voor deze ondernemingen. Dit kan een illegale vorm van verticale prijsbinding van Uber's chauffeurs zijn.<sup>52</sup> Of het vaststellen van de prijs door Uber's algoritme een overtreding is van art. 101 VWEU hangt af van de vraag of de concurrentieverstorende effecten die dit oplevert gerechtvaardigd kunnen worden, bijvoorbeeld omdat Uber voor het efficiënt functioneren van zijn platform een mate van controle zou moeten hebben over de prijs. In de Verenigde Staten is in 2015 inderdaad een rechtszaak gestart tegen Uber op basis van de claim dat Uber prijscoördinatie tussen chauffeurs van UberBLACK en UberSUV faciliteert.<sup>53</sup> Alhoewel deze zaak buiten de Europese rechtsorde plaatsvindt, kan het inzichten verschaffen in hoeverre Uber en Uber's chauffeurs zich gedragen als een kartel: indien er volgens de Amerikaanse mededingingsregels sprake zou zijn van verticale prijsbinding, dan kan dit ook aanleiding geven voor de Europese mededingingsautoriteiten om een onderzoek in te stellen naar de rechtmatigheid van het ondernemingsmodel van platforms die de prijzen van hun platformwerkers bepalen.

De druk vanuit het mededingingsrecht om het uitgeoefende gezag door een platform te beperken, bevordert dus de volgende driedeling ten aanzien van de vrijheid van ondernemerschap van de platformwerker: (i) het platform kiest ervoor veel gezag uit te oefenen waardoor het platformwerkers moet aanmerken als medewerkers ingevolge *FNV KIEM*, (ii) als het platform weinig tot een gemiddeld niveau van gezag uitoefent maar prijzen vaststelt, kan zulke prijscoördinatie in bepaalde omstandigheden gezien worden als een kartel, of (iii) het platform faciliteert enkel het contact tussen de zelfstandige ondernemers en klanten, waarbij platformwerkers wel vrijheid van onderneming houden. In de laatste situatie wordt de onvervalste mededinging in de markt beschermd (omdat iedere ondernemer zijn eigen prijzen kan stellen), maar kan het platform alsnog vasthouden aan het huidige bedrijfsmodel (het vragen van commissie over gefaciliteerde diensten).

50 HvJ EU 22 oktober 2015, C-194/14P, ECLI:EU:C:2015:717 (*Treuhand*), paragraaf 7.

51 HvJ EU 22 oktober 2015, C-194/14P, ECLI:EU:C:2015:717 (*Treuhand*), paragraaf 36.

52 Verticale prijsbinding verwijst naar een situatie waar een onderneming die hoger in de productieketen zit (bijvoorbeeld een producent) vaste prijzen oplegt aan ondernemingen die lager in de productieketen staan (zoals de leverancier).

53 15 Civ 9796; 2016 US. Dist. Lexis 43944 (*Spencer Meyer v Travis Kalanick*). In mei 2020 vroeg de eiser de rechter om de eerder vastgestelde uitkomst in arbitrage te vernietigen omdat de arbiter alleen vanwege angst in het voordeel van Uber zou hebben beslist. Zie Bellon 2020.

### 7.2.3 Gezamenlijk gebruik van prijsalgoritmes en prijssoftware

Een vernieuwend element van de bedrijfsvoering van platforms is dat er veelal gebruik wordt gemaakt van prijsalgoritmes. Hierdoor worden binnen platforms de prijzen niet door menselijke handelingen op elkaar afgesteld maar wordt dit automatisch gedaan door de gebruikte prijsalgoritmes (ook prijssoftware genoemd). Hierdoor ontstaat de vraag of de afstemming tussen prijsalgoritmes wel gezien moet worden als een kartel, omdat er geen daadwerkelijke afspraak wordt gemaakt over de prijs tussen de partijen.<sup>54</sup>

Het coördineren van prijzen zonder een afspraak is echter niet nieuw, deze coördinatie wordt in het mededingingsrecht gezien als onderling afgestemde feitelijke gedraging. In dat geval is er – ondanks een gebrek aan een formele afspraak – toch sprake van illegale samenwerking door het uitwisselen van gevoelige informatie (zoals prijsinformatie). Voorbeelden van een dergelijke uitwisseling van informatie kunnen worden gevonden in de *Wood Pulp*-zaak, waar de ondernemersvereniging de prijslijsten van individuele ondernemers circuleerde.<sup>55</sup> In een andere zaak, *John Deere*, konden de tractorverkopers via een centraal punt historische en huidige data van medeverkopers opvragen.<sup>56</sup> In beide zaken werd geoordeeld dat het verminderen van onzekerheid tussen de individuele ondernemers een inbreuk was op art.101 VWEU. Met de centrale rol van gedeelde databases en het gebruik van prijsalgoritmes door platforms moet er opnieuw aandacht worden besteed aan wat moet worden verstaan onder de term ‘onderling afgestemde feitelijke gedraging’. Het is namelijk de vraag in hoeverre de automatische acties van een algoritme of prijssoftware gezien kunnen worden als het uitwisselen van informatie.

De *Eturas*-zaak is een voorbeeld van een kartel op basis van gedeelde prijssoftware.<sup>57</sup> In deze zaak maakten diverse reisbureaus gebruik van het E-turas-programma dat hen in staat stelde om via hun internetsite reizen te koop aan te bieden. Op een bepaald moment kregen de gebruikers van het E-turas-programma een melding in hun digitale inbox dat de maximale korting die ze via het programma aan klanten konden bieden, verlaagd zou worden. De reisbureaus konden hun klanten alleen nog meer korting aanbieden als zij hiervoor extra technische formaliteiten ondernamen.<sup>58</sup> Het Hof stelde vast dat een dergelijk programma de mededinging verstoort, maar gaf hierbij twee toetsingscriteria voor de aansprakelijkheid van gebruikers van het programma: (i) heeft de concurrent kennisgenomen van de prijsafstemming door het algoritme en (ii) heeft de concurrent zich verzet tegen deze prijsafstemming?<sup>59</sup> De deelnemers die konden aantonen dat ze niet op de hoogte waren van de ontvangst van de voorgestelde korting konden volgens het Hof niet verantwoordelijk gehouden worden, net als diegenen die zich hadden verzet.<sup>60</sup>

54 Zie Nowag 2016; OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 2017.

55 HvJ EU 31 maart 1993, gevoegde zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85 tot C-129/85, ECLI:EU:C:1993:120 (*Wood Pulp*).

56 HvJ EU 27 oktober 1994, T-35/92, ECLI:EU:T:1994:259 (*John Deere*).

57 HvJ EU 21 januari 2016, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 (*Eturas*).

58 HvJ EU 21 januari 2016, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 (*Eturas*), paragraaf 5-13.

59 HvJ EU 21 januari 2016, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 (*Eturas*), paragraaf 26-28.

60 HvJ EU 21 januari 2016, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 (*Eturas*), paragraaf 50.

Een recenter voorbeeld is de Franse *Partneo*-zaak waarin vijf grote Europese autofabrikanten gebruikmaakten van de *Partneo*-software van het bedrijf Accenture. *Partneo* berekende automatisch de maximale prijs die consumenten bereid waren te betalen voor reserveonderdelen, wat tot gevolg had dat de prijzen van reserveproducten in een korte tijd met gemiddeld 15% stegen.<sup>61</sup> Het is niet duidelijk hoe de software precies werkte en of de software de prijzen van de ene fabrikant aanpaste aan de hand van prijsinformatie van de andere fabrikant. Als dit het geval was, is het nog de vraag of concurrenten van elkaar wisten dat concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld werd door middel van de software. Dit is een belangrijk verschil tussen de *Partneo*-zaak en de *Wood Pulp*- en *John Deere*-zaken, waar de marktdeelnemers op de hoogte waren van de uitwisseling van informatie. In het geval van *Partneo* zijn er geruchten dat de autofabrikanten zich bij hun keuze voor Accenture zouden hebben laten leiden door de wetenschap dat meer fabrikanten het gebruikten.<sup>62</sup> Dit zou duiden op een onderling afgestemde feitelijke gedraging, maar omdat de Franse mededingingsautoriteit geweigerd heeft de zaak te onderzoeken zijn de feiten niet duidelijk. Er is echter geen groot feitelijk verschil tussen de vaststelling van de prijzen in *Partneo* en de vaststelling van prijzen door een platform voor hun werkers. Net als bij het platform, stelt één bedrijf de prijs vast voor een groep zelfstandige ondernemingen. Indien de mededingingsautoriteiten een inbreuk op het mededingingsrecht hadden gevonden bij *Partneo*, had dit verduidelijkt in hoeverre platforms zich kunnen verschuilen achter het gebruik van een prijsalgoritme in plaats van menselijk handelen voor het afstemmen van prijzen.

In *Eturas* wordt de mate van menselijk handelen in het vaststellen van de prijzen ook gezien als een van de centrale vraagstukken. Het zal voor zowel de platforms als de platformwerkers niet mogelijk zijn aan te tonen dat deze niet wisten van de centraal gestelde prijs voor alle deelnemers. Hierdoor lijkt de *Eturas*-zaak een sterke indicatie dat – in ieder geval – de platforms zich schuldig maken aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging door de prijs centraal vast te stellen. Het is onwaarschijnlijk dat het gebruik van een algoritme hier een verschil in maakt. *Eturas* biedt echter wel een mogelijkheid voor de platformwerkers om zich te verdedigen. Het tweede element van *Eturas* is namelijk dat de concurrent zich heeft verzet tegen de prijsafstemming. In *Eturas* was dit mogelijk door hogere kortingen aan te bieden door middel van technische aanpassingen in het programma. Dit roept de vraag op of de voorwaarden die worden gesteld door platforms zoals Uber de platformwerker een redelijke mogelijkheid verschaffen om van de voorgestelde prijs af te wijken. Indien *Eturas* zo wordt gelezen dat de concurrent zich ook redelijkerwijs *moet kunnen* verzetten, dan zou de platformwerker uitgesloten worden van sancties indien deze geen – of geen werkbare – manier heeft om van de door het platform bepaalde prijs af te wijken. Ook zou het opleggen van prijzen door Uber gezien kunnen worden als een vorm van verticale prijsbinding, waarvoor alleen de onderneming aansprakelijk is die de prijs oplegt, en niet ook de ondernemingen die gebonden zijn aan de vastgestelde prijs.

61 Zie Mandrescu 2018 (online: laatst bijgewerkt op 7 juni 2018).

62 Mandrescu 2018 (online: laatst bijgewerkt op 7 juni 2018).

### Tussenconclusie

Als tussenconclusie van dit deel van het hoofdstuk is het duidelijk dat art. 101 VWEU geïnterpreteerd kan worden op een manier die platformwerkers toestaat collectief te onderhandelen, hoewel daarbij meer zekerheid over de grenzen van mededingingsaansprakelijkheid wenselijk is. Daarnaast kan mededingingsaansprakelijkheid van platforms platformwerkers helpen bij het verkrijgen van meer controle en vrijheid bij het uitvoeren van diensten. Daarnaast is het onwaarschijnlijk dat platforms kunnen ontsnappen aan de werkingssfeer van art. 101 VWEU door zich te beroepen op algoritmisch management. Nieuwe technologieën bieden veel mogelijkheden tot transformatie van de arbeidsmarkt, maar wat offline verboden is, is dat ook online. Het opleggen van de wil van het platform in een asymmetrische machtspositie zal in de volgende sectie besproken worden in de context van art. 102 VWEU.

### 7.3 Artikel 102 VWEU: misbruik van machtspositie en de bescherming van platformwerkers

Het verbod op misbruik van machtspositie is ook relevant bij de vraag wat het mededingingsrecht kan betekenen voor de sociale bescherming van platformwerkers. Belangrijk is dat het misbruikverbod uit art. 102 VWEU alleen van toepassing is op bedrijven met een economische machtspositie. Het Hof van Justitie heeft dit begrip gedefinieerd als een positie die een onderneming 'in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen'.<sup>63</sup> Meer concreet kan volgens de Europese Commissie een onderneming die voor een aanzienlijke periode in staat is de concurrentie te beïnvloeden ten nadele van consumenten (bijvoorbeeld door het verlagen van prijzen om concurrenten van de markt te verdrijven of het verminderen van de kwaliteit van diensten) in de regel beschouwd worden als een onderneming met een machtspositie.<sup>64</sup>

Veelal wordt het bestaan van een machtspositie bepaald aan de hand van marktaandelen.<sup>65</sup> Hiervoor moet eerst vastgesteld worden binnen welke relevante markt mededinging plaatsvindt, met andere woorden: welke producten of diensten met elkaar concurreren. Het perspectief van de consument is hierbij leidend.<sup>66</sup> De vraag die opkomt voor het doel van dit hoofdstuk is hoe de relevante markt afgebakend moet worden voor platforms die offline platformarbeid aanbieden, zoals Uber en Deliveroo. Als deze platforms ieder op

63 HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), paragraaf 65 en zie ook HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche*), paragraaf 38.

64 Mededeling van de Europese Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie ('Mededeling betreffende handhavingsprioriteiten') *PbEG* 2009, C-45/7, paragraaf 11.

65 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht ('Bekendmaking relevante markt') *PbEG* 1997, C-372/5, paragraaf 2.

66 De Bekendmaking relevante markt stelt in paragraaf 7: "Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd."

hun beurt concurreren, met, respectievelijk, traditionele taxibedrijven en restaurants, is het moeilijk aan te tonen dat ze beschikken over een economische machtspositie in hun markt in kwestie.

Ervan uitgaande dat het mogelijk is platforms als Uber te kwalificeren als onderneming met een machtspositie, is de volgende stap in de mededingingsanalyse onder art. 102 VWEU te bepalen of de betreffende onderneming haar machtspositie heeft misbruikt. Het mededingingsrecht maakt hierbij een onderscheid tussen uitsluitings- en uitbuitingsmisbruik.<sup>67</sup> Uitbuitingsmisbruik benadeelt consumenten rechtstreeks door praktijken, bijvoorbeeld door het vragen van excessieve prijzen of het opleggen van oneerlijke (contractuele) voorwaarden aan consumenten. Uitsluitingsmisbruik bestaat uit gedrag waarbij de onderneming met machtspositie concurrenten verdrijft van de markt door bijvoorbeeld het weigeren van toegang tot een essentiële infrastructuur of het opleggen van exclusiviteit aan handelspartners. Door uitsluitingsmisbruik worden consumenten ook geschaad op een indirecte wijze, doordat concurrenten van de markt worden gedreven en er minder concurrentie is op basis van onder andere prijs, kwaliteit en innovatie. Hierna gaan we in op een aantal vormen van uitsluitings- en uitbuitingsmisbruik die relevant zijn bij de vraag in hoeverre art. 102 VWEU de sociale bescherming van platformwerkers kan bevorderen.

### 7.3.1 Uitsluitingsmisbruik

Een mogelijke manier waarop platforms concurrenten kunnen uitsluiten van de markt is door exclusiviteit op te leggen aan platformwerkers. Uber zou bijvoorbeeld in haar contracten met chauffeurs kunnen eisen dat zij exclusief voor Uber rijden en niet op andere platforms tegelijkertijd actief mogen zijn. Dat platforms veelal geen exclusiviteit in hun overeenkomsten eisen kan verklaard worden doordat chauffeurs anders eerder zouden kwalificeren als werknemers in plaats van zelfstandige ondernemers, waardoor het arbeidsrecht van toepassing zou worden. Immers, als Uber wil dat chauffeurs exclusief voor haar rijden, zou dit in de praktijk betekenen dat Uber deze chauffeurs in dienst neemt. Dit levert een interessante interactie op tussen het arbeids- en mededingingsrecht. Doordat platforms toepasselijkheid van het arbeidsrecht willen voorkomen, zullen ze geen exclusiviteit opleggen aan hun platformwerkers waardoor een belangrijke vorm van uitsluitingsmisbruik onder het mededingingsrecht wordt voorkomen.

Wel zijn er andere, minder vergaande manieren waarop bedrijven platformwerkers kunnen beperken of verhinderen om tegelijkertijd voor meerdere opdrachtgevers te werken. Uber zou bijvoorbeeld chauffeurs kunnen straffen die te veel voorgestelde ritten afwijzen door hen minder gunstige ritten voor te stellen en voorrang te geven aan andere chauffeurs die meer loyaal zijn.<sup>68</sup> Platforms selecteren immers welke platformwerkers gelinkt worden aan

67 Mededeling betreffende handhavingsprioriteiten, paragraaf 7.

68 Er zijn aanwijzingen dat een dergelijke mogelijkheid is ingebouwd in Uber's algoritme. Zie in de context van een uitspraak van een Brits 'Employment Tribunal' uit 2016, Houwerzijl 2017a: 'Een ongunstige invloed op de reputatie heeft in ieder geval een gebrek aan beschikbaarheid voor een rit (de standaard is een acceptatiepercentage van 80), of na eerdere acceptatie alsnog ritten weigeren'.

welke consumenten en hebben hiermee een grote mate van controle over het commerciële succes van individuele platformwerkers.

In deze context is de *Google Shopping*-zaak relevant. In juni 2017 legde de Europese Commissie Google een boete op van 2,42 miljard euro voor het misbruiken van haar machtspositie in de markt voor internetzoekdiensten. Google gaf voorrang aan haar eigen prijsvergelijkingsdienst Google Shopping in de algemene zoekresultaten ten koste van concurrerende prijsvergelijkingsdiensten die door Google's algoritme gedegradeerd werden in de lijst met zoekresultaten.<sup>69</sup> In juli 2019 opende de Commissie een mededingingsonderzoek naar een soortgelijke vorm van zelfbevoordeling door Amazon dat gegevens over transacties gemaakt door derden op haar handelsplatform voor zichzelf zou houden, ten gunste van haar eigen verkoopactiviteiten als retailer.<sup>70</sup> Bij de positie van platformwerkers speelt niet zozeer zelfbevoordeling van de activiteiten van het platform een rol, aangezien bedrijven als Uber en Deliveroo in tegenstelling tot Google en Amazon niet verticaal geïntegreerd zijn. Met andere woorden, deze bedrijven concurreren niet met platformwerkers, omdat ze zelf geen ritten aanbieden of gerechten bezorgen aan consumenten. Ze vormen 'slechts' de bemiddelaar tussen platformwerkers en consumenten. Alsnog kan de redenering in de *Google Shopping*-zaak over discriminatie van concurrenten ten voordele van het platform relevant zijn, als deze doorgetrokken kan worden naar vormen van discriminatie door het platform tussen platformwerkers onderling. Dit soort praktijken hebben elementen van zowel uitsluitings- als uitbuitingsmisbruik.

### 7.3.2 Discriminatie tussen platformwerkers onderling

Omdat bedrijven als Uber en Deliveroo zelf geen ritten of maaltijden verzorgen en dus niet rechtstreeks concurreren met hun platformwerkers, kunnen deze platforms in principe geen voordeel halen uit het bevoordelen van één of meerdere platformwerkers ten opzichte van anderen. Zoals advocaat-generaal Wahl stelde in zijn conclusie in de *Meo*-zaak lijkt het weinig rationeel voor een onderneming die niet met haar zakelijke gebruikers (in onze context, platformwerkers) concurreert om discriminerende prijzen toe te passen die de concurrentiedruk tussen haar zakelijke gebruikers juist zou verminderen.<sup>71</sup> Niet verticaal geïntegreerde ondernemingen profiteren immers van de concurrentie tussen zakelijke gebruikers onderling. Hoe meer concurrentie er is tussen zakelijke gebruikers, hoe groter de onderhandelingsmacht van de onderneming is ten opzichte van individuele zakelijke gebruikers. Wel gaat het hierbij om vormen van puur uitbuitingsmisbruik waarbij de onderneming met machtspositie er geen enkel belang bij heeft om concurrenten uit te sluiten. Bij bevoordeling tussen platformwerkers onderling kan alsnog een element van uitsluitingsmisbruik aanwezig zijn. Een platform als Uber kan chauffeurs aan zich binden door middel van beloningen, bijvoorbeeld een belofte dat loyale platformwerkers meer winstgevende ritten voorgesteld krijgen, zoals inderdaad in de praktijk lijkt te gebeuren.<sup>72</sup>

69 Zaak AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, (2018/C-9/07), 27 juni 2017.

70 Persbericht Europese Commissie, 'Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon', 17 juli 2019, beschikbaar via [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-4291\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-4291_en.htm).

71 Conclusie A-G Wahl 20 december 2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020 (*Meo*), paragraaf 79.

72 En zie het hierboven in voetnoot 68 aangehaalde voorbeeld.



Op deze manier kan Uber het minder aantrekkelijk maken voor chauffeurs om tegelijkertijd actief te zijn op een ander platform en kan het zo de positie van concurrenten verzwakken. Bij zulke praktijken is er ook een element van uitsluitingsgedrag te vinden, waardoor dit soort discriminatie een combinatie vormt van zowel uitbuiting als uitsluiting.

Wat betreft prijsdiscriminatie in de vorm van uitbuiting, heeft het Hof van Justitie duidelijk gemaakt in *Meo* dat het enkele bestaan van een direct nadeel voor een gediscrimineerde marktdeelnemer nog niet betekent dat de mededinging wordt vervalst.<sup>73</sup> Hetzelfde zou gelden voor discriminatie op basis van andere parameters, bijvoorbeeld als een bepaalde platformwerker ten opzichte van anderen minder ritten of minder winstgevend ritten krijgt toegewezen door het platform. Voor het vaststellen van misbruik van machtspositie moet de discriminatie leiden tot een 'nadeel bij de mededinging' bij handelspartners (in onze context, platformwerkers). Niet vereist is echter dat 'bewijs wordt geleverd van een daadwerkelijke en kwantificeerbare verslechtering van de mededingingspositie' van de betreffende handelspartner.<sup>74</sup> Met andere woorden, om bevoordeling tussen platformwerkers als misbruik van machtspositie te kwalificeren ligt het aan te voeren bewijs in tussen, enerzijds, het enkele bestaan van nadeel bij de mededinging voor de gediscrimineerde handelspartner en, anderzijds, een daadwerkelijke aantasting van diens concurrentiepositie op de markt. De keuzes die een platform maakt bij het toewijzen van een platformwerker aan een consument is cruciaal voor hoe winstgevend de activiteiten van individuele platformwerkers zijn, aangezien het platform kan bepalen wie de beste of lucratiefste ritten krijgt. De belangrijkste mogelijkheid voor het platform om te discrimineren tussen platformwerkers onderling is dus om de positie van een platformwerker in zo'n rangschikking aan te passen. Deze vorm van discriminatie is anders dan de zelfbevoordeling door Google waar sprake was van puur uitsluitingsgedrag, waardoor de juridische toets voor discriminatie tussen platformwerkers onderling niet volledig hetzelfde zal zijn.

De mate van controle die platforms hebben over het succes van hun zakelijke gebruikers is een veelbesproken onderwerp in beleidsdiscussies over de toekomst van het mededingingsrecht in het digitale tijdperk. De manier waarop het platform opgezet is, bepaalt hoe platformwerkers en consumenten met elkaar in contact komen. Vanwege de sterke positie van sommige platforms vervangen de algemene voorwaarden die zij opleggen aan hun zakelijke gebruikers en consumenten tot op zekere hoogte de wet zoals bepaald en gehandhaafd door publieke autoriteiten. Zo kan een platform bijvoorbeeld bepaalde zakelijke gebruikers werven die niet zouden voldoen aan de eisen van het platform zoals beschreven in de algemene voorwaarden. Op deze manier gedragen platforms zich als 'regelgevers'<sup>75</sup> en kunnen zij bepalen wie succesvol is in de markt.

De vraag is hoe en in welke mate het mededingingsrecht een rol kan spelen om mogelijk misbruik van de 'regelgevende macht' van platforms aan te pakken. Problematisch vanuit mededingingsperspectief lijken vooral praktijken die aanzienlijke schade opleveren voor

73 HvJ EU 19 april 2018, C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270 (*Meo*), paragraaf 26.

74 HvJ EU 19 april 2018, C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270 (*Meo*), paragraaf 27.

75 Zoals verwoord in het rapport geschreven door de speciale adviseurs van Eurocommissaris voor de Mededinging Vestager: J. Crémer, Y.-A. de Montjoye & H. Schweitzer, 'Competition policy for the digital era', 2019, p. 60-63.

de concurrentiepositie van bepaalde platformwerkers zonder objectieve rechtvaardiging, omdat het bijvoorbeeld niet terecht was dat de platformwerker in kwestie gediscrimineerd werd ten opzichte van anderen. De mate waarin een platform zich kan beroepen op objectieve redenen om negatieve gevolgen voor de concurrentiepositie van platformwerkers te rechtvaardigen is derhalve de belangrijkste vraag voor toekomstige overwegingen.

Buiten de toepassing van het mededingingsrecht om zijn er ook oproepen tot meer verregaand en regulerend optreden. Zo is in Frankrijk al de invoering van principes als zoek- of platformneutraliteit bepleit, waarbij platforms niet langer zouden mogen discrimineren tussen zakelijke gebruikers, en consumenten een 'neutraal' aanbod zouden moeten doen.<sup>76</sup> Hoe een dergelijke vorm van neutraliteit eruit zou moeten zien is echter onduidelijk, omdat de selectie die inherent is aan het functioneren van platforms nu eenmaal vereist dat de mogelijkheden in een bepaalde volgorde aan consumenten gepresenteerd worden. Er is niet één manier om tot een 'eerlijke' rangschikking te komen, aangezien de belangen van het platform, de zakelijke gebruikers en consumenten met elkaar verzoend moeten worden. Een platform wil winst maken en consumenten tevreden houden, waardoor het gerechtvaardigd kan zijn zakelijke gebruikers met een hogere kwaliteit van dienst voorrang te geven. Meer duidelijkheid over de grenzen waarbinnen discriminatie tussen platformwerkers onderling misbruik van machtspositie oplevert, zou een belangrijke eerste stap zijn om niet alleen nadelige gevolgen voor de mededinging te voorkomen, maar ook platformwerkers beter te beschermen.

### 7.3.3 *Uitbuitingsmisbruik: excessieve prijzen en oneerlijke voorwaarden*

Behalve discriminatie zijn er nog andere vormen van mogelijk uitbuitingsmisbruik die relevant zijn voor platformwerkers. Zo verwezen MKB-Nederland en VNO-NCW in hun in de zomer van 2019 gepubliceerde visie op de platformeconomie naar de drempel die het niet kunnen meenemen van belangrijke data, zoals recensies en klantgegevens, voor ondernemers opwerpt bij het switchen tussen platforms.<sup>77</sup> Een van de andere veelgehoorde aantijgingen is de hoogte van de commissie die platforms opleggen aan zakelijke gebruikers.<sup>78</sup> Zo ontvangt Uber 25% commissie over elke rit, wat door chauffeurs als onredelijk hoog wordt gezien.<sup>79</sup> Hoewel het opleggen van excessieve prijzen (hier in de vorm van hoge commissies voor chauffeurs) welbekend is als vorm van uitbuitingsmisbruik in het

76 Zie bijvoorbeeld Franse Conseil National du Numérique, 'Platform Neutrality: Building an open and sustainable digital environment', mei 2014, beschikbaar via [https://cnnumerique.fr/files/uploads/2014/06/PlatformNeutrality\\_VA.pdf](https://cnnumerique.fr/files/uploads/2014/06/PlatformNeutrality_VA.pdf), en Franse telecomautoriteit ARCEP, 'Devices, the weak link in achieving an open internet. Report on their limitations and proposals for corrective measures', februari 2018, beschikbaar via [https://www.arcep.fr/uploads/tx\\_gspublication/rapport-terminaux-fev2018-ENG.pdf](https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-terminaux-fev2018-ENG.pdf).

77 MKB-Nederland en VNO-NCW, 'De Platformeconomie; hoe laten we het werken?', zomer 2019, p. 5, beschikbaar via [https://www.vno-ncw.nl/sites/default/files/brochure\\_platformeconomie-nl\\_def.pdf](https://www.vno-ncw.nl/sites/default/files/brochure_platformeconomie-nl_def.pdf).

78 Er is discussie of de Waadi van toepassing is op dergelijke 'arbeidsbemiddelingsdiensten', en zo ja, dan kan er geen commissie worden gevraagd door platforms. Zie bijvoorbeeld Verburg 2019, p. 112-118.

79 In maart 2019 protesteerden Uber chauffeurs waarbij ze onder andere een verlaging van de commissie naar 15% eisten. Zie 'Uberchauffeurs eisen omzetgarantie en betere tarieven', *TaxiPro*, 19 maart 2019, beschikbaar via <https://www.taxipro.nl/ondernemen/2019/03/19/uberchauffeurs-eisen-omzetgarantie-en-betere-tarieven/>.

mededingingsrecht, zal het in de praktijk moeilijk zijn vast te stellen of de winstmarge van Uber inderdaad concurrentieverstorend is. Volgens het klassieke *United Brands*-arrest is een prijs excessief als deze 'niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie'.<sup>80</sup> Het excessieve karakter van een prijs kan volgens het Hof van Justitie worden vastgesteld door de verkoopprijs van het product of de dienst te vergelijken met de kostprijs waardoor de winstmarge duidelijk wordt en vastgesteld kan worden of de prijs onbillijk is, ofwel absoluut gezien, ofwel in vergelijking met concurrerende producten of diensten.<sup>81</sup> In de praktijk lijkt de commissie die platforms als Uber aan platformwerkers opleggen dicht bij elkaar te liggen, waardoor een goede indicator voor het bestaan van een mogelijk excessieve karakter ontbreekt.

Een interessante vraag is of het minimumloon, zoals geldend binnen het arbeidsrecht, gebruikt zou kunnen worden voor het toetsen van de redelijkheid van de commissies.<sup>82</sup> Een journalist van de *Volkscrant* reed in 2017 een aantal maanden voor Uber en had moeite het wettelijke minimumloonniveau te halen na aftrek van de commissie en alle andere kosten.<sup>83</sup> Aangezien het arbeidsrecht het minimumloon zowel wettelijk vastlegt als in (verbindend verklaarde) cao's, en daarmee dus nationaal dan wel sectoraal aanvaard is, lijkt het niet onredelijk dit als indicator te gebruiken wanneer platformwerkers vergelijkbare activiteiten uitvoeren als werknemers over eenzelfde tijdsspanne. Daarmee kan het mededingingsrecht ingezet worden om de sociale bescherming van platformwerkers te waarborgen zolang er geen eenduidige oplossing is voor hun positie onder het arbeidsrecht.

Eenzelfde aanpak om regels uit een ander rechtsgebied te gebruiken als indicator voor uitbuitingsmisbruik in het mededingingsrecht is toegepast door het Duitse Bundeskartellamt in de *Facebook*-zaak. Het Bundeskartellamt concludeerde in februari 2019 dat Facebook misbruik maakte van haar machtspositie door het gebruik van haar sociale netwerk afhankelijk te stellen van instemming door diens eindgebruikers met het samenvoegen in hun Facebook-account van gegevens verzameld via Facebooks andere diensten, waaronder WhatsApp en Instagram, en via diensten van derden. Deze gedragingen maakten volgens het Bundeskartellamt inbreuk op de gegevensbeschermingsregels, namelijk de geldigheid van de toestemming van gebruikers, en leidden daarmee ook tot het bestaan

80 HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), paragraaf 250.

81 HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), paragraaf 251-252.

82 Vermeldenswaardig hier is dat het kabinet in 2021 een wettelijk minimumtarief voor zzp'ers van € 16 per uur wilde invoeren, maar hiervan in juni 2020 is teruggekomen. Zie de voortgangsbrief 'Werken als zelfstandige' van minister Koolmees, Kamerbrief 15 juni 2020, beschikbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/06/15/voortgangsbrief-werken-als-zelfstandige>.

83 J. van Bergeijk, 'Overleven als Uber chauffeur', *Volkscrant*, beschikbaar via <https://www.volkscrant.nl/kijkverder/2017/uber/>. Na een eerste werkweek van 32 uur en 17 minuten had de journalist in kwestie na aftrek van de 25% commissie en btw een omzet gehaald van 493,65 euro. Na aftrek van andere kosten voor benzine, het leasen van de taxi en het lidmaatschap van de taxicoöperatie, bleef hiervan nog 185,12 euro bruto over. Dit komt neer op 5,73 euro bruto per uur, terwijl het bruto minimumloon voor iemand van 22 jaar of ouder bij een werkweek van 36 uur destijds 10,04 euro per uur bedroeg. In een latere werkweek steeg de omzet naar 754,15 euro over een tijdsspanne van 28 uur en 16 minuten, waardoor na onkosten een bruto uurbedrag van 17,68 euro overbleef. Over een periode van meerdere weken kwam de journalist in de laatste maand echter weer uit op een bedrag van 10,57 euro per uur, net boven het minimumloon.

van uitbuitingsmisbruik onder het Duitse mededingingsrecht vanwege het opleggen van oneerlijke voorwaarden.<sup>84</sup> De beslissing van het Bundeskartellamt bleef echter niet zonder kritiek en is in kort geding door de rechter in Düsseldorf in augustus 2019 vernietigd vanwege het ontbreken van overtuigend bewijs wat het competitieve niveau van gegevensbescherming op de markt zou zijn geweest zonder de praktijken van Facebook.<sup>85</sup> In juni 2020 schaarde het Bundesgerichtshof zich achter het Bundeskartellamt en vernietigde in kort geding de uitspraak van de rechter in Düsseldorf weer.<sup>86</sup>

Wat de uitkomst uiteindelijk ook zal zijn, de Duitse *Facebook*-zaak laat zien dat het vaststellen van uitbuitingsmisbruik op basis van indicatoren uit andere rechtsgebieden niet gemakkelijk is. Ook moet het geenszins de bedoeling zijn dat het mededingingsrecht te pas en te onpas wordt ingezet wanneer andere rechtsgebieden tekortschieten. Als de grens tussen rechtsgebieden echter vervaagt door commercieel gedrag dat aan meerdere regimes reikt, stelt zich de vraag in hoeverre een meer proactieve toepassing en handhaving van de mededingingsregels wenselijk is als publieke belangen, waaronder ook de sociale bescherming van platformwerkers, steeds meer verweven raken met vragen over de economische efficiëntie van de markt.<sup>87</sup>

#### 7.3.4 Afhankelijkheid van platformwerkers en de Platform-to-Business-Verordening

Als aanvulling op het misbruikverbod in het mededingingsrecht, heeft de Europese wetgever in juni 2019 de Platform-to-Business-Verordening (P2B-Verordening)<sup>88</sup> aangenomen die tot doel heeft de billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van online tussenhandelsdiensten te bevorderen. De verordening beschermt zakelijke gebruikers die in toenemende mate afhankelijk zijn van online platforms om consumenten te kunnen bereiken. Door die afhankelijkheid krijgen aanbieders van online tussenhandelsdiensten een sterkere onderhandelingspositie ten opzichte van zakelijke gebruikers waardoor zij zich kunnen gedragen op een manier die oneerlijk en schadelijk kan zijn voor de belangen

84 Decision of the Bundeskartellamt in Case B6-22/16 (*Facebook*) – exploitative business terms, 6 februari 2019, beschikbaar via [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5). Zie ook het persbericht 'Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources', 7 februari 2019, beschikbaar via [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html).

85 Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-Kart 1/19 (V) (*Facebook v. Bundeskartellamt*), 26 augustus 2019, beschikbaar via [http://www.olgduesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse\\_aktuell/20190826\\_PM\\_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-V\\_.pdf](http://www.olgduesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse_aktuell/20190826_PM_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-V_.pdf). Voor een aantal verschillende perspectieven, zie de bijdragen in CPI EU News, 'FCO Facebook Quadriptych', maart 2019, beschikbaar via <https://www.competitionpolicyinternational.com/cpi-eu-news-fco-facebook-quadriptych/>.

86 Bundesgerichtshof, KVR 69/19 (*Facebook v. Bundeskartellamt*), 23 juni 2020, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0, beschikbaar via <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=bedd4af3c9d89a4dcaa64fc-85d244e9e&nr=109506&pos=0&anz=107>.

87 In de context van de wisselwerking met consumenten- en gegevensbeschermingsrecht, zie Graef 2018, p. 121-151.

88 Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten ('P2B-Verordening') *PbEU* 2019, L 186/57.

van zakelijke gebruikers en indirect ook van consumenten.<sup>89</sup> Om dit soort praktijken tegen te gaan, legt de verordening een aantal verplichtingen op aan aanbieders van online tussenhandelsdiensten die losstaan van de mededingingsregels.<sup>90</sup> Hoewel de naam van de P2B-Verordening ook verwijst naar billijkheid, zien de meeste bepalingen op het creëren van meer transparantie.

Transparantie voor zakelijke gebruikers is met name vereist met betrekking tot de belangrijkste parameters die de rangschikking bepalen (art. 5), tot de vraag of platforms een gedifferentieerde behandeling toepassen (art. 7) en tot de mate van toegang tot gegevens (art. 9). De verordening verbiedt echter geen praktijken en schrijft platforms ook geen gedrag voor met betrekking tot deze kwesties. Een paar situaties, waar zakelijke gebruikers meer bescherming krijgen, zijn vermeldenswaardig: Art. 3 lid 2 voorziet in een opzegtermijn van ten minste vijftien dagen voordat het platform wijzigingen in de algemene voorwaarden kan doorvoeren. Art. 4 vereist dat een platform een zakelijke gebruiker een motivering verstrekt bij het beperken, opschorten en beëindigen van zijn dienstverlening en de zakelijke gebruiker de gelegenheid biedt om de feiten en omstandigheden te verduidelijken in het kader van de interne klachtenbehandeling, die art. 11 verplicht stelt met uitzondering van kleine ondernemingen/platforms.

Deze 'light-touch'-benadering lijkt erop te zijn gericht om meer informatie over de sector te verzamelen en na te gaan of mogelijke oneerlijke praktijken blijven bestaan – zelfs als deze zichtbaarder worden door de nieuwe transparantieverplichtingen. De P2B-Verordening houdt uitdrukkelijk de mogelijkheid open voor verdere maatregelen, waaronder van wetgevende aard, als de huidige bepalingen niet toereikend blijken om 'aanhoudende onevenwichtigheden en oneerlijke handelspraktijken in de sector' aan te pakken.<sup>91</sup>

Hoewel het probleem van afhankelijkheid en onevenwichtige onderhandelingsposities ook speelt bij platformwerkers, is niet helemaal duidelijk in hoeverre zij binnen het toepassingsgebied vallen. De P2B-Verordening biedt bescherming aan zakelijke gebruikers, gedefinieerd als 'elke natuurlijke persoon die in een commerciële of professionele hoedanigheid optreedt of elke rechtspersoon, die via onlinetussenhandelsdiensten goederen of diensten aan consumenten aanbiedt voor doeleinden die verband houden met zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit'.<sup>92</sup> Hieruit volgt dat particuliere chauffeurs of bezorgers niet altijd binnen het toepassingsgebied vallen. De P2B-Verordening geldt alleen als de activiteit wordt uitgevoerd op professionele basis, waardoor professionele gebruikers van platforms onder bepaalde voorwaarden binnen het toepassingsgebied

89 Overweging 2 P2B-Verordening.

90 Zie art. 1 lid 5 P2B-Verordening.

91 Overweging 49 P2B-Verordening.

92 Art. 1 lid 2 P2B-Verordening.

vallen.<sup>93</sup> Niet-professionele gebruikers van platforms vallen in plaats daarvan onder het consumentenrecht.<sup>94</sup>

Ook is het begrip 'online tussenhandelsdienst' cruciaal om te bepalen voor welke diensten de verplichtingen gelden. Om als online tussenhandelsdienst te kwalificeren moet een dienst aan drie voorwaarden voldoen, namelijk: (i) een dienst van de informatiemaatschappij vormen in de zin van Richtlijn 2015/1355; (ii) zakelijke gebruikers de mogelijkheid geven om goederen en diensten aan te bieden aan consumenten, met het oog op het faciliteren van het initiëren van directe transacties tussen die zakelijke gebruikers en consumenten; en (iii) aan zakelijke gebruikers geleverd worden op basis van contractverhoudingen tussen de aanbieder van dergelijke diensten en zakelijke gebruikers die goederen of diensten aanbieden aan consumenten.<sup>95</sup> Wat betreft de platforms waarin wij voor dit boekhoofdstuk geïnteresseerd zijn, is vooral de vraag of aan de eerste voorwaarde is voldaan: met andere woorden: zijn Deliveroo en Uber diensten van de informatiemaatschappij?

Richtlijn 2015/1355 definieert een dienst van de informatiemaatschappij als een dienst 'die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht'.<sup>96</sup> Op het eerste gezicht lijkt deze definitie de activiteiten van platforms te omvatten die inderdaad op afstand en tegen betaling als tussenpersoon optreden tussen bedrijven en consumenten. Probleem is dat het Hof van Justitie sommige online tussenhandelsdiensten heeft uitgesloten van de definitie van dienst van de informatiemaatschappij. In zaken zoals *Elite Taxi* en *Uber France* heeft het Hof van Justitie bepaald dat een bemiddelingsdienst, zoals aangeboden door Uber, waarmee particuliere, niet-professionele chauffeurs die hun eigen voertuig gebruiken via een smartphoneapp tegen betaling in contact worden gebracht met klanten, niet als dienst van de informatiemaatschappij kan worden beschouwd, maar dient te worden gekwalificeerd als vervoersdienst.<sup>97</sup> Volgens het Hof van Justitie creëert Uber als aanbieder van de bemiddelingsdienst namelijk een aanbod van vervoersdiensten dat anders niet bestaan zou hebben. Tegelijkertijd oefent Uber een beslissende invloed uit over de dienstverrichtingsvoorwaarden door onder andere de maximumprijs van de rit vast te stellen, de prijs te innen bij de klant vooraleer een deel terug te storten aan de betreffende chauffeur en controle uit te oefenen op de kwaliteit van de voertuigen, de chauffeurs en hun gedrag.<sup>98</sup> In de *Airbnb*-uitspraak uit december 2019 heeft het Hof de grens tussen het leveren van een informatiedienst en het leveren van een dienst in de betreffende markt verscherpt. In

93 Overweging 2 P2B-Verordening verwijst naar 'met name kleine, middelgrote en micro-ondernemingen'.

94 Zie P. van Cleynenbreugel, 'Will Deliveroo and Uber be captured by the proposed EU platform Regulation? You'd better watch out...', *European Law blog*, 12 maart 2019, beschikbaar via <https://europeanlawblog.eu/2019/03/12/will-deliveroo-and-uber-be-captured-by-the-proposed-eu-platform-regulation-you-d-better-watch-out/>.

95 Art. 2 lid 2 P2B-Verordening.

96 Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieverordening op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (*PbEU* 2015, L 241/1), art. 1 lid 1 onder b.

97 HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Elite Taxi*), paragraaf 48; HvJ EU 10 april 2018, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221 (*Uber France*), paragraaf 27.

98 HvJ EU 20 december 2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Elite Taxi*), paragraaf 39; HvJ EU 10 april 2018, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221 (*Uber France*), paragraaf 21.

tegenstelling tot zijn conclusie wat betreft Uber achtte het Hof het platform Airbnb geen noodzakelijk kanaal voor het uitoefenen van de verhuurdienst. Bovendien stelde Airbnb geen prijzen vast en oefende het platform slechts minimaal invloed uit. Zodoende bepaalde het Hof dat Airbnb wel aangemerkt moeten worden als een informatiedienst en niet als accommodatiedienst,<sup>99</sup> waardoor het ook duidelijk is dat zakelijke gebruikers van Airbnb onder het toepassingsgebied van de P2B-Verordening vallen.

Wat betreft Uber is het de vraag of de uitkomst in de *Elite Taxi* en *Uber France*-zaken, die alleen zag op niet-professionele chauffeurs, ook geldt voor professionele chauffeurs van Uber die anders binnen het toepassingsgebied zouden vallen.<sup>100</sup> De Europese Commissie besteedt aandacht aan deze vraag in haar Staff Working Document dat tegelijk is gepubliceerd met het originele wetsvoorstel in april 2018, waarin zij stelt dat de redenering in het *Uber France*-arrest geen invloed heeft op het begrip 'online tussenhandelsdienst' zoals gebruikt in de P2B-Verordening. Volgens de Commissie ziet dat arrest op een specifiek type dienst van Uber dat niet langer als online tussenhandelsdienst kwalificeert, maar heeft dit geen gevolgen voor andere bemiddelingsdiensten die Uber aanbiedt.<sup>101</sup> Met andere woorden, professionele chauffeurs vallen volgens de Commissie gewoon onder het toepassingsgebied. Deze interpretatie is ook de meest wenselijke vanuit het oogpunt van de sociale bescherming van platformwerkers. Het is moeilijk te rechtvaardigen dat chauffeurs van Uber en misschien ook zelfs andere platformwerkers die diensten verlenen gerelateerd aan vervoer waardoor zij buiten de definitie van een dienst van de informatiemaatschappij vallen, niet gebruik zouden kunnen maken van de bepalingen van de P2B-Verordening die juist de afhankelijkheid van zakelijke gebruikers in de gehele online platformeconomie wil aanpakken. Het is daarom aan te raden voor lidstaten die de handhaving moeten verzekeren<sup>102</sup> het toepassingsgebied zo te interpreteren dat platformwerkers die in een professionele status werken ook profiteren van de opgelegde transparantieverplichtingen. Op deze manier kan de P2B-Verordening extra bescherming bieden naast het mededingingsrecht.

## 7.4 Conclusie

Wat betreft de centrale vraag voor dit hoofdstuk of het mededingingsrecht een vloek dan wel een zegen is voor de sociale bescherming van platformwerkers, kunnen we concluderen dat elementen van beide opvattingen aanwezig zijn. Dit geldt vooral bij de toepassing van art. 101 VWEU, dat een duaal karakter heeft voor de bescherming van platformwerkers.

99 HvJ EU 19 december 2019, C-390/18, ECLI:EU:2019:1112 (*Airbnb Ireland*), paragraaf 55-57.

100 Voor een analyse die stelt dat platforms als Uber en Deliveroo buiten het toepassingsgebied van de Verordening vallen, zie P. van Cleynenbreugel, 'Will Deliveroo and Uber be captured by the proposed EU platform Regulation? You'd better watch out...', *European Law blog*, 12 maart 2019, beschikbaar via <https://europeanlawblog.eu/2019/03/12/will-deliveroo-and-uber-be-captured-by-the-proposed-eu-platform-regulation-you-d-better-watch-out/>.

101 Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Annexes Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, SWD(2018) 138 final, part 2/2, 26 april 2018, p. 15.

102 Art. 15 P2B-Verordening.

Het kartelverbod kan een 'obstakel' voor de bescherming van platformwerkers vormen, omdat platformwerkers die collectief willen onderhandelen over hun arbeidspositie zich binnen de werkingssfeer van art. 101 VWEU bevinden en daarmee – in principe – blootgesteld zijn aan mogelijke mededingingsaansprakelijkheid. De uitspraken van het Hof omtrent dit onderwerp geven platformwerkers slechts beperkte zekerheid en bescherming tegen platforms, en daarnaast zijn er nog geen richtsnoeren op Europees niveau die de platformwerkers handvatten bieden. Het is echter duidelijk dat zowel op Europees niveau (in de vorm van uitspraken van Eurocommissaris Vestager) als op lidstaatniveau (in Nederland in de vorm van de *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers*) begrip is voor de wens van platformwerkers om collectief te onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden. Wel blijkt uit de Nederlandse *Leidraad voor tariefafspraken zzp'ers* en de conclusie van advocaat-generaal Wahl in *FNV KIEM* dat deze collectieve overeenkomsten moeten dienen om een minimumniveau van bescherming te creëren en hier niet bovenuit mogen gaan. Het verdient aanbeveling om op Europees niveau de rechtszekerheid van de platformwerker te verbeteren, door duidelijke kaders of groepsvrijstellingen in te stellen die de synergie tussen het mededingingsrecht en arbeidsrecht verbeteren.

Tegelijkertijd biedt het mededingingsrecht mogelijkheden om platformwerkers te beschermen tegen de druk die platforms kunnen uitoefenen. De platforms genieten een asymmetrische onderhandelingspositie ten opzichte van de zwakkere platformwerker, waaraan het mededingingsrecht grenzen kan stellen. Door het verbod op prijscoördinatie in art. 101 VWEU zou in bepaalde omstandigheden via het mededingingsrecht kunnen worden afgedwongen dat platforms zich beperken tot het faciliteren van contact tussen de ondernemers en consumenten zonder hierbij centraal prijzen op te leggen. Synergie tussen het arbeids- en mededingingsrecht kan bereikt worden door platforms voor de keuze te stellen om: (a) veel gezag uit te oefenen en de platformwerker aan te merken als werknemer of (b) minder gezag uit te oefenen, maar geen centrale prijzen te stellen om mededingingsaansprakelijkheid te voorkomen waar dit anders tot schending van art. 101 VWEU zou leiden.

Daarnaast kan art. 102 VWEU platformwerkers bescherming bieden tegen gedragingen die misbruik van economische machtspositie opleveren. Noodzakelijke voorwaarde is dat het betreffende platform over zo'n machtspositie beschikt, wat afhangt van hoe mededingingsautoriteiten de relevante markt afbakenen. Verschillende vormen van uitsluitings- en/of uitbuitingsmisbruik zijn denkbaar, waarbij excessieve prijzen voor de opgelegde commissies en discriminatie tussen platformwerkers onderling de meest relevante lijken. Of art. 102 VWEU daadwerkelijk wordt ingezet om de sociale bescherming van platformwerkers te bevorderen, hangt af van de houding van de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten tegenover de doelen van mededingingshandhaving. Hoewel haar bepalingen vooral zien op transparantie, zal de nieuwe P2B-Verordening platformwerkers daarnaast ook helpen – mits ze niet buiten het toepassingsgebied worden gelaten.

Het mededingingsrecht heeft zeker een rol te spelen door te voorkomen dat het in de weg staat aan een betere bescherming van platformwerkers (door collectief onderhandelen onder bepaalde voorwaarden mogelijk te maken onder art. 101 VWEU), maar het is de vraag in hoeverre de mededingingsregels ingezet kunnen en zouden moeten worden om



bescherming te bieden (door oneerlijke voorwaarden als uitbuitingsmisbruik onder art. 102 VWEU aan te merken), die platformwerkers nu missen wegens de inflexibiliteit van het huidige arbeidsrecht. Los van het antwoord op deze meer politieke of beleidsvraag, laat dit hoofdstuk zien dat er ruimte is voor synergie tussen de twee rechtsgebieden door de mededingingsregels te interpreteren op een manier die ook belangen gerelateerd aan sociale bescherming bevordert. Een betere afstemming van het mededingingsrecht met de doelen van het arbeidsrecht is zowel wenselijk als mogelijk, teneinde de positie van de platformwerker, die nu nog te veel tussen wal en schip valt, te versterken.