



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
N. WAHL
van 11 september 2014¹

Zaak C-413/13

**FNV Kunsten Informatie en Media
tegen
Staat der Nederlanden**

[verzoek van het Gerechtshof te 's-Gravenhage (Nederland) om een prejudiciële beslissing]

„Collectieve arbeidsovereenkomst — Overeenkomsten van opdracht — Minimumtarieven — Mededinging — Artikel 101 VWEU — Voorkomen van sociale dumping — „Albany-uitzondering”

1. In een met het arrest Albany² ingezette vaste rechtspraak heeft het Hof in wezen geoordeeld dat overeenkomsten die in het kader van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers worden gesloten en strekken tot verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden, buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU vallen.

2. De fundamentele vraag die in de onderhavige procedure wordt opgeworpen is of onder die uitzondering cao-bepalingen vallen die aspecten van de professionele relatie tussen zelfstandigen en hun klanten of cliënten regelen en, zo ja, onder welke voorwaarden.

I – Toepasselijke Nederlandse bepalingen

3. Artikel 1 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: „WCAO”) omschrijft „collectieve arbeidsovereenkomst” voor de toepassing van het nationale recht 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.

[...]”

¹ — Oorspronkelijke taal: Engels.

² — C-67/96, EU:C:1999:430. Zie ook arresten Brentjens, C-115/97–C-117/97, EU:C:1999:434; Drijvende Bokken, C-219/97, EU:C:1999:437; Pavlov e.a., C-180/98–C-184/98, EU:C:2000:428; Van der Woude, C-222/98, EU:C:2000:475, en AG2R Prévoyance, C-437/09, EU:C:2011:112.

4. Artikel 6, lid 1, van de Mededingingswet (hierna: „Mw”) verbiedt „overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde 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”.

5. Volgens artikel 16, sub a, Mw geldt deze wet niet voor collectieve arbeidsovereenkomsten als bedoeld in artikel 1, lid 1, WCAO.

II – Feiten, procesverloop en prejudiciële vragen

6. In 2006/2007 hebben FNV Kunsten Informatie en Media (hierna: „FNV”) en de Nederlandse toonkunstenaarsbond (hierna: „Ntb”), verenigingen die werknemers en zelfstandigen vertegenwoordigen, en de werkgeversvereniging Vereniging van Stichtingen Remplaçanten Nederlandse Orkesten (hierna: „VSR”) een collectieve arbeidsovereenkomst gesloten voor musici die invallen bij Nederlandse orkesten (CAO Remplaçanten Nederlandse Orkesten; hierna: „litigieuze cao”). De cao had onder meer betrekking op het tarief dat musici die invallen bij een orkest en daartoe een dienstverband met dat orkest aangaan (zogenoemde werknemersremplaçanten), minimaal zouden moeten ontvangen. De litigieuze cao bevatte ook bepalingen met betrekking tot zelfstandige remplaçanten.

7. In een in december 2007 gepubliceerd visiedocument³ heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: „NMa”) zich echter op het algemene standpunt gesteld dat cao-bepalingen inzake minimumtarieven voor zelfstandigen niet onttrokken zijn aan het verbod van artikel 6 Mw.

8. Naar aanleiding van dit standpunt van de NMa hebben de VSR en de Ntb de litigieuze cao opgezegd en geen nieuwe cao met FNV willen sluiten waarin een bepaling over zelfstandige remplaçanten voorkomt.

9. In het licht van deze ontwikkeling vorderde FNV voor de rechtbank 's-Gravenhage in wezen: (i) een verklaring voor recht dat het mededingingsrecht zich 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 was, en (ii) een bevel aan de Nederlandse Staat tot rectificatie van het in het visiedocument weergegeven standpunt.

10. Nadat de rechtbank haar vorderingen had afgewezen, heeft FNV hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage.

11. Het beroep betreft de uitlegging van artikel 6 Mw. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft er echter op gewezen dat artikel 6 Mw goeddeels is geënt op artikel 101 VWEU en dat de nationale wetgever had besloten dat beide bepalingen op dezelfde wijze moeten worden toegepast.

12. Aangezien bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage twijfel bestaat over de juiste uitlegging van artikel 101 VWEU, heeft het de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) [M]oeten 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 artikel 101 VWEU valt[?]

³ — Visiedocument van 5 december 2007.

2) [I]ndien het antwoord op de eerste vraag ontkennend luidt, valt die bepaling dan buiten de werkingssfeer van artikel 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[?]"

13. In de onderhavige procedure zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door FNV, de Nederlandse en de Tsjechische regering en de Europese Commissie, die alle – met uitzondering van de Tsjechische regering – ter terechtzitting van 18 juni 2014 hun standpunten mondeling hebben toegelicht.

III – Analyse

14. Met zijn twee vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of bepalingen in een collectieve overeenkomst, gesloten tussen enerzijds een werkgeversvereniging en anderzijds vakverenigingen die werknemers⁴ en zelfstandigen vertegenwoordigen, waarin is voorzien dat zelfstandigen die op basis van een overeenkomst van opdracht voor een werkgever hetzelfde werk verrichten als de werknemers die onder de werking van die cao vallen, een bepaald minimumtarief moeten ontvangen (hierna: „betrokken bepalingen”), buiten de werkingssfeer van artikel 101 VWEU vallen.

15. Om te beginnen wil ik kort ingaan op de vraag naar de ontvankelijkheid. Het lijkt mijns inziens geen twijfel dat het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk is, zelfs indien het onderhavige geval buiten de werkingssfeer van artikel 101 VWEU zou vallen. Volgens vaste rechtspraak is het Hof immers bevoegd uitspraak te doen over verzoeken om een prejudiciële beslissing over Unierechtelijke bepalingen in situaties waarin de feiten van het hoofdgeding buiten de directe werkingssfeer van het Unierecht vallen, maar waarin deze bepalingen toepasselijk zijn gemaakt door de nationale wettelijke regeling die zich voor haar oplossingen voor zuiver interne situaties conformeert aan de in het Unierecht gekozen oplossingen.⁵

16. Ten gronde wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de in het arrest Albany geformuleerde uitzondering (hierna: „Albany-uitzondering”)⁶ kan worden toegepast op een collectieve arbeidsovereenkomst als de litigieuze cao.

17. De Tsjechische en de Nederlandse regering evenals de Commissie betogen in hun schriftelijke opmerkingen dat het Hof die vraag ontkennend zou moeten beantwoorden, terwijl FNV stelt dat zij bevestigend moet worden beantwoord.

18. Ik zal hierna toelichten waarom ik geen van beide standpunten volledig kan onderschrijven. Naar mijn mening nopen de vragen van de verwijzende rechter tot een minder categorisch en eenvoudig antwoord dan de hier voorgestelde.

19. Zoals in punt 1 hierboven is vermeld, is het vaste rechtspraak dat overeenkomsten die in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten ter verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden, wegens hun aard en doel moeten worden geacht niet onder artikel 101, lid 1, VWEU te vallen.⁷

4 — [Voetnoot niet relevant voor de Nederlandse versie van deze conclusie.]

5 — Zie met name arrest Allianz Hungária Biztosító e.a., C-32/11, EU:C:2013:160, punten 17-23 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook mijn conclusie in de zaak Venturini, C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:529, punten 46-52.

6 — Zie voor deze term de conclusie van advocaat-generaal Fennelly in de zaak Van der Woude (C-222/98, EU:C:2000:226, punt 30), met een impliciete verwijzing naar het arrest Albany (EU:C:1999:430, punten 59 en 60).

7 — Arresten Albany, EU:C:1999:430, punt 60; Brentjens, EU:C:1999:434, punt 57; Drijvende Bokken, EU:C:1999:437, punt 47; Pavlov e.a., EU:C:2000:428, punt 67; Van der Woude, EU:C:2000:475, punt 22, en AG2R Prévoyance, EU:C:2011:112, punt 29.

20. Derhalve moet worden onderzocht welke de aard en het doel zijn van de litigieuze cao (en meer in het bijzonder de aard en het doel van de betrokken bepalingen) om vast te stellen of het al dan niet gerechtvaardigd is dat zij volledig buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU valt.⁸

21. Tegen deze achtergrond zal ik deze kwestie, omwille van de duidelijkheid, vanuit twee complementaire invalshoeken onderzoeken. Aangezien vakverenigingen naar Nederlands recht werknemers en zelfstandigen mogen vertegenwoordigen, moeten twee verschillende rechtssituaties worden onderscheiden. In de eerste plaats zal ik nagaan of de Albany-uitzondering geldt voor bepalingen in een collectieve overeenkomst waarover is onderhandeld namens en in het belang van zelfstandigen. In de tweede plaats zal ik onderzoeken of die uitzondering van toepassing is wanneer over de betrokken cao-bepalingen, hoewel zij de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen regelen, namens en in het belang van werknemers is onderhandeld. Deze stelselmatige analyse volgt grosso modo de opbouw van de twee prejudiciële vragen van het Gerechtshof te 's-Gravenhage.

A – In een cao opgenomen bepalingen waarover namens en in het belang van zelfstandigen is onderhandeld

22. FNV heeft onder meer het argument naar voren gebracht dat een overeenkomst zoals de litigieuze cao onverkort onder de Albany-uitzondering valt – en dus buiten de werkingssfeer valt van artikel 101, lid 1, VWEU – louter omdat zij is gesloten in de vorm van een collectieve overeenkomst. Het feit dat sommige bepalingen van die overeenkomst de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen regelen zou in dit verband niet ter zake doen.

23. Ik kan het daarmee niet eens zijn.

1. De Albany-uitzondering ziet niet op cao-bepalingen die zijn vastgesteld namens en in het belang van zelfstandigen

24. Het Hof heeft in de Albany-rechtspraak geoordeeld dat collectieve overeenkomsten niet onder artikel 101 VWEU vallen wanneer aan twee *cumulatieve* voorwaarden is voldaan: i) zij zijn gesloten in het kader van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers (hierna: „eerste voorwaarde”), en ii) zij dragen rechtstreeks bij aan de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers (hierna: „tweede voorwaarde”).

25. Evenals de Nederlandse regering en de Commissie betwijfel ik ten zeerste of aan de eerste voorwaarde is voldaan bij een overeenkomst – ook al vloeit zij voort uit collectieve onderhandelingen – die (deels of geheel) is uitonderhandeld en gesloten namens zelfstandigen.

26. Wanneer vakverenigingen immers namens zelfstandigen en niet namens werknemers optreden, kunnen zij moeilijk worden beschouwd als „werknemersverenigingen”. In die omstandigheden lijken zij in feite veeleer in een andere hoedanigheid op te treden, namelijk die van een beroepsorganisatie of ondernemersvereniging.⁹ Die vakverenigingen kunnen bijgevolg moeilijk als vertegenwoordigers van „werknemers” in de zin van het arrest Albany worden beschouwd.¹⁰

8 — Zie in die zin arrest AG2R *Prévoyance*, EU:C:2011:112, punt 30.

9 — Ik kom hierop terug in punt 32.

10 — EU:C:1999:430, met name punten 56-60.

27. Hier behoeft in ieder geval niet verder op te worden ingegaan, aangezien mijns inziens duidelijk niet is voldaan aan de tweede voorwaarde. In 's Hofs rechtspraak wordt consequent gesproken van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van *werknemers*. Het Hof heeft zijn vaststellingen tot nu toe nooit – impliciet noch expliciet – uitgebreid tot cao-bepalingen die strekken tot verbetering van de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen.

28. Belangrijker is dat het mijns inziens geen twijfel kan lijden dat die cao-bepalingen buiten de werkingssfeer van de Albany-uitzondering vallen.

29. Hiervoor is hoofdzakelijk een tweeledige reden.

30. Ten eerste verschillen de hoedanigheid van zelfstandigen en die van werknemers voor de toepassing van de Unierechtelijke mededingingsregels fundamenteel van elkaar, en kunnen zij ipso facto niet worden gelijkgesteld.

31. Werknemers zijn geen ondernemingen in de zin van het EU-mededingingsrecht¹¹ en artikel 101 VWEU strekt niet tot regeling van de arbeidsverhoudingen.

32. Omgekeerd zijn zelfstandigen naar EU-mededingingsrecht ondernemingen.¹² Bijgevolg moet, zoals hierboven vermeld, een vakvereniging die namens zelfstandigen optreedt, worden beschouwd als een „ondernemersvereniging” in de zin van artikel 101 VWEU.¹³

33. Er zijn ontegenzeggelijk goede sociaal-economische redenen om loonconcurrentie tussen werknemers te beperken of zelfs uit te schakelen door middel van collectieve onderhandelingen.¹⁴ De zaken liggen echter anders wanneer het gaat om overeenkomsten die tot doel of tot gevolg hebben de concurrentie tussen ondernemingen te beperken of uit te schakelen.

34. Dat is nu juist het soort overeenkomsten waarop artikel 101 VWEU van toepassing is.

35. Bovendien mag het misschien zo zijn dat een beperking van de mededinging die kan voortvloeien uit collectieve overeenkomsten die de arbeidsvoorwaarden van werknemers regelen veelal incidenteel is of beperkte gevolgen heeft¹⁵, maar gaat dit niet noodzakelijkerwijze ook op voor overeenkomsten die de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen regelen. Dit geldt temeer voor overeenkomsten die *prijskoncurrentie* tussen zelfstandigen regelen.

36. De prijs is een van de belangrijkste, vaak zelfs hét belangrijkste aspect waarop ondernemingen concurreren. Daarom worden in de „zwarte lijst” van artikel 101, lid 1, sub a, VWEU overeenkomsten vermeld die bestaan in „het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden”. Bijgevolg zijn overeenkomsten waarbij minimumprijzen worden vastgesteld steeds beschouwd als een ernstige vorm van mededingingsbeperking.¹⁶

11 — Zie onder meer arrest Becu e.a., C-22/98, EU:C:1999:419, punt 26.

12 — Zie in die zin arresten Pavlov e.a., EU:C:2000:428, punten 73-77, en Wouters e.a., C-309/99, EU:C:2002:98, punt 49.

13 — Zie naar analogie arrest Pavlov e.a., EU:C:2000:428, punten 84-89.

14 — Algemeen wordt aangenomen dat collectieve onderhandelingen niet alleen ervoor zorgen dat werknemers en werkgevers tot een evenwichtig en voor beide partijen aanvaardbaar resultaat kunnen komen, maar ook positieve gevolgen hebben voor de maatschappij als geheel. Zoals advocaat-generaal Jacobs in de zaak Albany benadrukte, is algemeen aanvaard dat collectieve overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers kostbare arbeidsconflicten voorkomen, de transactiekosten verlagen door een collectief en aan regels gebonden onderhandelingsproces en de voorspelbaarheid en doorzichtigheid bevorderen (C-67/96, EU:C:1999:28, punten 181 en 232). Ik ben daarbij van mening dat de bevordering van de sociale vrede en de totstandbrenging van een stelsel van sociale bescherming dat voor alle burgers billijk is, uiterst belangrijke doelstellingen zijn in elke moderne maatschappij.

15 — Zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Albany, EU:C:1999:28, punt 182.

16 — Zie onder meer arresten Clair, 123/83, EU:C:1985:33, punt 22; Verband der Sachversicherer/Commissie, 45/85, EU:C:1987:34, punten 39-42, en Binon, 243/83, EU:C:1985:284, punt 44.

37. Uit een op de vaste rechtspraak van het Hof gebaseerde uitlegging van artikel 101 VWEU volgt derhalve dat cao-bepalingen waarover namens en in het belang van zelfstandigen is onderhandeld, niet a priori aan toetsing aan het EU-mededingingsrecht zijn onttrokken.

38. Ten tweede verschilt, zoals de Nederlandse regering ter terechtzitting heeft benadrukt, de hoedanigheid van zelfstandigen niet alleen volgens de EU-mededingingsregels duidelijk van die van werknemers, maar meer in het algemeen volgens het stelsel van de EU-Verdragen. Bijgevolg gelden de overwegingen van sociaal beleid die de Albany-uitzondering voor werknemers rechtvaardigden, niet voor zelfstandigen.

39. De kern van de Albany-rechtspraak is in wezen dat de EU-Verdragen niet aldus kunnen worden uitgelegd dat zij collectief onderhandelen tussen sociale partners aanmoedigen om sociale doelstellingen te verwezenlijken, en tegelijkertijd die collectieve overeenkomsten onder een algemeen verbod brengen.

40. De sociale doelstellingen waarnaar het Hof in het arrest Albany verwijst, hebben evenwel betrekking op werknemers. De bepalingen van het VWEU inzake „werkgelegenheid” (artikelen 145-150) en „sociale politiek” (artikelen 151-161) zijn op de „werknemer” gericht.

41. Het ontplooiën van economische activiteiten door zelfstandigen valt daarentegen onder de bevoegdheden van de Europese Unie op het gebied van het industriebeleid zoals voorzien in artikel 173 VWEU.

42. Er zijn twee belangrijke verschillen tussen artikel 173 VWEU en de hierboven genoemde bepalingen inzake werkgelegenheid en sociaal beleid. In de eerste plaats moedigt artikel 173 VWEU (noch enige andere Verdragsbepaling) – anders dan de artikelen 151 VWEU en 155 VWEU – zelfstandigen niet aan om collectieve overeenkomsten te sluiten ter verbetering van hun arbeidsvoorwaarden.¹⁷ In de tweede plaats blijkt uit artikel 173 VWEU dat de toepassing ervan de toepasselijkheid van de mededingingsregels onverlet laat. Volgens artikel 173, lid 1, tweede alinea, moeten de Europese Unie en haar lidstaten op industrieel gebied optreden „overeenkomstig een systeem van open en concurrerende markten”. Het VWEU specificeert vervolgens, in artikel 173, lid 3, tweede alinea, dat de bepalingen inzake industrie (titel XVII) onder meer geen rechtsgrondslag verschaffen voor „invoering door de [Europese] Unie van maatregelen waardoor de mededinging kan worden vervalst”. In de bepalingen van het VWEU inzake werkgelegenheid en sociaal beleid klinkt van dit alles niets door.

43. De reden voor het door de opstellers van de Verdragen gemaakte onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen is vrij eenvoudig: de wijze waarop de beroepsactiviteiten van deze twee groepen worden georganiseerd en uitgeoefend, verschilt als regel sterk.

44. Een van de belangrijkste kenmerken van iedere arbeidsverhouding is de *gezagsverhouding* tussen de werknemer en zijn werkgever.¹⁸ De werkgever is niet alleen bevoegd zijn werknemers instructies te geven en hen in hun werkzaamheden te leiden, maar kan ook een bepaalde macht en controle over hen uitoefenen. Een zelfstandige volgt de instructies op van zijn klanten, maar zij oefenen doorgaans geen vergaande controle over hem uit. Omdat er geen sprake is van een gezagsverhouding beschikt de zelfstandige over een grotere onafhankelijkheid bij de keuze van het soort werk en de uit te voeren taken, van de wijze waarop dit werk of deze taken moeten worden verricht, van de werktijden en de werkplek, en bij het uitkiezen van zijn personeel.¹⁹

17 — Zie arrest Pavlov e.a., EU:C:2000:428, punt 69.

18 — Zie met name arrest Jany e.a., C-268/99, EU:C:2001:616, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

19 — Zie arrest Commissie/Italië, C-596/12, EU:C:2014:77, punten 16 e.v. Zie ook in die zin arresten Agegate, C-3/87, EU:C:1989:650, punt 36, en Asscher, C-107/94, EU:C:1996:251, punten 25 en 26, en mijn conclusie in de zaak Haralambidis, C-270/13, EU:C:2014:1358, punt 32.

45. Bovendien moet een zelfstandige de commerciële en financiële risico's van het bedrijf dragen, terwijl een werknemer dit soort risico's in het normale geval niet draagt en ongeacht de bedrijfsresultaten recht heeft op loon voor het werk dat hij verricht.²⁰ De werkgever is in beginsel jegens derden verantwoordelijk voor de door zijn werknemers in het kader van hun dienstbetrekking verrichte werkzaamheden. De grotere risico's en verantwoordelijkheden van de zelfstandige zouden worden gecompenseerd door de mogelijkheid om over de gehele bedrijfswinst te beschikken.

46. Ten slotte behoeft er amper op te worden gewezen dat, terwijl zelfstandigen goederen of diensten op de markt aanbieden, werknemers slechts hun arbeid aanbieden aan één (of in een enkel geval meer) werkgever(s).

47. Het is derhalve inherent aan de rechtspositie van „zelfstandige” dat zelfstandigen, althans in vergelijking met werknemers, over een grotere onafhankelijkheid en flexibiliteit beschikken. Omgekeerd dragen zij echter onvermijdelijk grotere economische risico's en zijn hun arbeidsverhoudingen veelal minder stabiel en zeker. Tussen al deze aspecten lijkt een nauwe onderlinge samenhang te bestaan.

48. De juridische en economische rechtvaardigingsgronden voor de Albany-uitzondering gelden derhalve niet in het geval van zelfstandigen.²¹ Collectieve overeenkomsten waarover namens en in het belang van zelfstandigen is onderhandeld, kunnen volgens mij dan ook niet volledig en a priori van de werkingsfeer van artikel 101 VWEU worden uitgesloten.

49. Thans moet nog een argument dat door FNV is aangevoerd, worden besproken.

2. Werknemers en zelfstandigen zijn niet gelijk, al zijn de traditionele verschillen aan het vervagen

50. FNV heeft er in haar schriftelijke opmerkingen op gewezen dat door de litigieuze cao alleen de tarieven worden geregeld van zelfstandigen zonder personeel, die zich wat hun onderhandelingspositie betreft in een min of meer vergelijkbare situatie bevinden als die van werknemers.

51. Ik geef toe dat in de huidige economie het verschil tussen de traditionele categorieën werknemer en zelfstandige soms enigszins is vervaagd. Het Hof heeft zich in feite reeds over een aantal zaken moeten uitspreken waarin de arbeidsverhouding tussen twee personen (of een persoon en een entiteit) – wegens de specifieke kenmerken ervan – niet precies in de ene of de andere categorie viel, maar kenmerken van beide categorieën vertoonde.²²

52. Ook ben ik mij bewust van het feit dat sommige zelfstandigen wat hun professionele relatie met bestaande of potentiële klanten betreft, in een positie verkeren die vrijwel vergelijkbaar is met die welke doorgaans tussen een werknemer en zijn werkgever bestaat. Sommige zelfstandigen kunnen met name nauwelijks op eigen gezag beslissen wanneer, waar en hoe zij de hun toevertrouwde werkzaamheden verrichten. Hun onderhandelingspositie is veelal ook niet al te sterk, vooral waar het de vergoeding en arbeidsvoorwaarden betreft. Dit is met name het geval bij de „schijnzelfstandigen”: werknemers die zich als zelfstandige voordoen om te ontkomen aan de toepassing van bepaalde, door de werkgever onvoordelig geachte wetgeving (bijvoorbeeld arbeids- of belastingregelingen). Een ander voorbeeld is het geval van zelfstandigen die economisch van één (of hun voornaamste) klant afhankelijk zijn.²³

20 — Zie in die zin arrest Commissie/Italië, C-35/96, EU:C:1998:303, punt 37.

21 — Hetzelfde standpunt wordt verwoord door advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak Pavlov e.a., EU:C:2000:151, punt 99, en advocaat-generaal Fennelly in zijn conclusie in de zaak Van der Woude, EU:C:2000:226, punt 30.

22 — Zie bijvoorbeeld arrest Allonby, C-256/01, EU:C:2004:18, en Haralambidis, C-270/13, EU:C:2014:2185.

23 — Zie hierover het Groenboek van de Commissie – De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21e eeuw, COM(2006) 708 definitief, blz. 10-12. Zie ook Barnard, C., *EU Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 4e ed., blz. 144-154.

53. De gevallen buiten beschouwing latend waarin er sprake is van ontwijking of ontduiking van arbeids- of belastingregels, waarvoor de nationale wetgever van de lidstaten regels moet vaststellen, zie ik nog steeds geen geldige reden om werknemers en zelfstandigen *altijd* op dezelfde wijze te behandelen.

54. Collectieve overeenkomsten hebben tot doel bepaalde normen vast te stellen die als zodanig algemeen van toepassing zijn op alle situaties die binnen de werkingssfeer ervan vallen. Zij moeten dus voor een hele categorie beroepsbeoefenaren gelden, ongeacht de specifieke situatie van een individu of de bijzondere omstandigheden waarin een individu bepaalde werkgelegenheidskansen aangrijpt.

55. Zelfstandigen vormen echter een grote en heterogene groep. Sommigen van hen zullen er weloverwogen voor hebben gekozen hun diensten aan te bieden in het kader van dit bijzondere rechtsregime, terwijl anderen dat bij gebreke van een stabielere betrekking misschien noodgedwongen hebben gedaan. Afhankelijk van, enerzijds, hun vaardigheden, bekwaamheden, ervaring en gevestigde naam en, anderzijds, de bijzondere omstandigheden van het concrete geval (zoals de grootte en economische macht van de klant, de spoedeisendheid en/of complexiteit van de te verrichten dienst, het aantal andere beschikbare beroepsbeoefenaren), kan hun onderhandelingspositie sterker of zwakker zijn dan die van hun klanten. Dit steekt schril af bij werknemers, wier positie bij onderhandelingen met werkgevers over arbeidsvoorwaarden traditioneel als asymmetrisch wordt beschouwd, omdat het arbeidsaanbod in alle moderne westerse maatschappijen groter is dan de vraag naar arbeid.

56. Wat daarbij telt, is dat zelfstandigen ook volkomen verschillend kunnen staan tegenover het vooruitzicht te worden onderworpen aan bepalingen die voor hen allen als groep bindend zijn. Zo zijn in de onderhavige zaak bijvoorbeeld sommige zelfstandige musici wellicht ingenomen met minimumtariefbepalingen en andere misschien niet. Dergelijke bepalingen kunnen het immers voor jongere of minder gerenommeerde beroepsbeoefenaren onmogelijk maken om, door hun diensten aan te bieden tegen lagere tarieven, doeltreffend te concurreren met meer ervaren of befaamde collega's. Zonder de mogelijkheid om op prijs te concurreren zouden sommige zelfstandigen aanzienlijk minder kansen hebben om een opdracht in de wacht te slepen en het risico lopen geheel van de arbeidsmarkt te worden verdrongen.

57. Ik zie in dit verband ook een potentieel legitimiteitsprobleem wanneer vakverenigingen die slechts een beperkt aantal zelfstandigen vertegenwoordigen, collectieve overeenkomsten sluiten die de werkgevers jegens alle zelfstandigen binden.

58. Het loutere feit dat *sommige* zelfstandigen zich in een situatie kunnen bevinden die, economisch gezien, bepaalde kenmerken gemeen heeft met die van werknemers, rechtvaardigt geen volledige en a-priorigelijkstelling van de twee categorieën economische actoren.

59. Tegen deze achtergrond zou men kunnen stellen dat bepalingen in een namens en in het belang van zelfstandigen gesloten collectieve overeenkomst wel onder de Albany-uitzondering dienen te vallen wanneer zij worden toegepast op zelfstandigen die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van werknemers, maar niet wanneer zij worden toegepast op situaties waarin daarvan geen sprake is.

60. Dat is mijns inziens echter geen houdbare oplossing.

61. Zoals de Nederlandse regering heeft opgemerkt, ziet de litigieuze cao niet op „schijnzelfstandigen”. Tussen partijen is in confesso dat die personen voldoen aan de Unierechtelijke definitie van „werknemer” en als zodanig zou een collectieve overeenkomst die hun positie regelt in beginsel in aanmerking kunnen komen voor de Albany-uitzondering.

62. De litigieuze cao heeft betrekking op echte zelfstandigen. Wanneer een algemene uitzondering van de werkingssfeer van artikel 101 VWEU tot hen zou worden uitgebreid, zou dat bijgevolg – om de hierboven uiteengezette redenen – niet alleen lijnrecht ingaan tegen de Verdragsbepalingen inzake mededingingsrecht en sociaal beleid, maar ook een element van onzekerheid en onvoorzienbaarheid introduceren in een systeem – dat van de arbeidsverhoudingen – dat bij uitstek stabiel, duidelijk en transparant dient te zijn.

63. Mijns inziens hebben individuen en ondernemingen, en zeker nationale bestuursrechtelijke en rechterlijke instanties een regel nodig die duidelijk is en waarvan de toepassing voorzienbaar is. Het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen is over het algemeen vrij duidelijk en maakt het bijgevolg voor elke autoriteit die zich daarvoor geplaatst ziet, mogelijk om met een redelijke mate van zekerheid vast te stellen wanneer een door een bepaalde groep beroepsbeoefenaren gesloten overeenkomst buiten de werkingssfeer van artikel 101 VWEU valt en wanneer niet.

64. Mij ontgaat hoe het in het belang van de sociale partners kan zijn om te onderhandelen over en over te gaan tot sluiting van collectieve overeenkomsten waarvan de geldigheid in een aantal specifieke gevallen op zijn best onzeker is – en dus al snel een bron van discussie – en daardoor niet de arbeidsnormen stelt voor de betrokken sector.

65. Op grond van de voorgaande overwegingen meen ik dat collectieve overeenkomsten die bepalingen bevatten waarover namens en in het belang van zelfstandigen is onderhandeld, niet onder de Albany-uitzondering vallen en daar ook niet onder dienen te vallen. Die cao-bepalingen kunnen mijns inziens niet zonder meer van de werkingssfeer van de EU-mededingingsregels worden uitgesloten.

B – Bepalingen in de collectieve overeenkomst waarover namens en in het belang van werknemers is onderhandeld

66. Zoals in punt 21 hierboven is vermeld, moet ook worden onderzocht of aan de voorwaarden van de Albany-uitzondering kan zijn voldaan wanneer over de betrokken cao-bepalingen namens en in het belang van de werknemers is onderhandeld.

67. FNV betoogt dat de betrokken bepalingen de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van de betrokken werknemers tot doel hadden. Zij zouden er met name toe strekken sociale dumping te voorkomen. De betrokken bepalingen zouden er volgens haar, door een tegenwicht te bieden tegen de potentieel lagere kosten voor werkgevers wanneer zij werknemers vervangen door zelfstandigen, voor moeten zorgen dat werkgevers niet elke prikkel verliezen om werknemers in dienst te nemen.

68. De Tsjechische en de Nederlandse regering alsmede de Commissie benadrukken dat uitsluitend bepalingen die beogen *rechtstreeks* bij te dragen aan de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van werknemers onder de Albany-uitzondering vallen. Aan die voorwaarde wordt volgens hen niet voldaan door de betrokken cao-bepalingen. Die bepalingen zouden hooguit bijdragen aan een *indirecte* verbetering van die voorwaarden, namelijk door het creëren van meer werkgelegenheidskansen voor werknemers.

69. Ik wil er allereerst op wijzen dat wanneer vakverenigingen in het kader van collectieve onderhandelingen namens en in het belang van werknemers onderhandelen over cao-bepalingen, duidelijk aan de eerste voorwaarde voor de Albany-uitzondering is voldaan.

70. Wat de tweede voorwaarde betreft, ben ik het eens met de Tsjechische en de Nederlandse regering en de Commissie dat uitsluitend cao-bepalingen die *rechtstreeks* bijdragen aan de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden, steunen op de rechtspraak van het Hof.

71. Dat vereiste is benadrukt in de arresten Albany²⁴, Brentjens²⁵ en Drijvende Bokken²⁶. Het Hof heeft weliswaar in zijn volgende arresten Van der Woude en AG2R Prévoyance het woord „rechtstreeks” niet gebruikt, maar dat was mijns inziens ook niet nodig, aangezien er in beide gevallen geen twijfel over kon bestaan dat de betrokken maatregelen – respectievelijk een ziektekostenverzekering en een stelsel van aanvullende vergoeding van zorgkosten – een onmiddellijk en duidelijk voordeel voor de werknemers opleverden.

72. Het doel van de Albany-uitzondering is niet, zoals hierboven vermeld, collectieve onderhandelingen tussen de sociale partners te ontmoedigen of ondermijnen. Daarom spreekt het Hof van bepalingen die de werkgelegenheids- of de arbeidsvoorwaarden van werknemers *rechtstreeks* verbeteren. Aangelegenheden als loon, arbeidstijd, jaarlijkse vakantie, pensioen, sociale zekerheid en gezondheidszorg maken de essentie uit van collectieve onderhandelingen. Wanneer werknemers daar niet meer vrij over zouden kunnen onderhandelen, zou hun recht op collectieve onderhandelingen in de kern worden aangetast.²⁷

73. Omgekeerd is er geen geldige reden voor een zo vergaande rechtsbescherming (volledige immuniteit voor mededingingstoetsing) wanneer werknemers met werkgevers onderhandelen over aangelegenheden die hun werkgelegenheids- of arbeidsvoorwaarden slechts *indirect* raken. Werknemers (en werkgevers) houden belang bij collectieve onderhandelingen, zelfs wanneer de afspraken in zaken die geen onmiddellijke en significante gevolgen hebben voor werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden aan de mededingingswetgeving kunnen worden getoetst.

74. Ik ben het overigens met FNV eens dat de bescherming van de huidige en toekomstige werkgelegenheid voor werknemers kan worden beschouwd als een rechtstreekse verbetering van hun werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden. Het gevaar van sociale dumping kan mijns inziens om twee redenen duidelijk en direct van invloed zijn op die voorwaarden.

75. De eerste reden is dat een zekere en stabiele dienstbetrekking voor werknemers evident belangrijker is dan de verbetering van bijvoorbeeld hun arbeidstijd of jaarlijkse vakantierechten. Wanneer het vanuit economisch oogpunt voor werkgevers gemakkelijk zou zijn werknemers door zelfstandigen te vervangen, zou dat er licht toe kunnen leiden dat heel wat werknemers onmiddellijk hun baan verliezen of geleidelijk aan worden gemarginaliseerd.

76. De uitschakeling van loonconcurrentie tussen werknemers – op zich de *raison d'être* voor collectieve onderhandelingen – brengt met zich dat een werkgever in geen geval andere werknemers in dienst kan nemen tegen een lager loon dan in de collectieve overeenkomst is voorzien. Op die basis en vanuit het oogpunt van een werknemer maakt het in de praktijk geen verschil of hij nu door een goedkopere werknemer of door een goedkopere zelfstandige wordt vervangen.

77. De tweede reden is dat de mogelijkheid voor werkgevers om werknemers te vervangen door andere personen op wie zij de arbeidsvoorwaarden van de toepasselijke cao niet hoeven toe te passen, de onderhandelingspositie van werknemers aanmerkelijk kan verzwakken. Hoe zouden werknemers bijvoorbeeld geloofwaardig loonsverhoging kunnen vragen wanneer zij weten dat zij gemakkelijk en snel kunnen worden vervangen door zelfstandigen die hetzelfde werk vermoedelijk voor een lagere beloning zouden doen?

24 — EU:C:1999:430, punt 63.

25 — EU:C:1999:434, punt 60.

26 — EU:C:1999:437, punt 50.

27 — Zie arrest Commissie/Duitsland, C-271/08, EU:C:2010:426, punt 49.

78. Indien werknemers derhalve niet over een zekere bescherming tegen sociale dumping beschikken, zouden hun vermogen en prikkel om collectieve onderhandelingen met werkgevers te voeren ernstig worden verzwakt. Vanuit die optiek kan de mogelijkheid voor werknemers om in cao's bepalingen op te nemen die het behoud van een bepaald aantal arbeidsplaatsen in de ondernemingen van de werkgevers moeten garanderen, worden beschouwd als een noodzakelijk vereiste om daadwerkelijk te kunnen onderhandelen over verbeteringen van andere werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden.

79. Om al deze redenen is het voorkómen van sociale dumping mijns inziens een doel dat legitiem kan worden nagestreefd door een collectieve overeenkomst die bepalingen bevat die zien op zelfstandigen en kan het ook tot de essentiële onderdelen behoren waarover wordt onderhandeld.

80. Dit standpunt vindt steun in de rechtspraak van het Hof en is ook als beginsel geformuleerd in de EU-wetgeving. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan de doelstelling van voorkoming van sociale dumping in beginsel een dwingende reden van openbaar belang vormen, die een beperking van de fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen. Dit geldt zowel voor beperkingen opgelegd door een maatregel van een lidstaat²⁸ als voor beperkingen die voortvloeien uit collectieve actie van werknemers²⁹.

81. Voorts wijs ik erop dat – veelzeggend – de EU-wetgever in een aantal wettelijke regelingen de lidstaten heeft verplicht regels vast te stellen inzake minimumarbeidsvoorwaarden (en in het bijzonder inzake minimumlonen) – onder meer door middel van collectieve overeenkomsten – juist met het oog op het voorkomen van sociale dumping.

82. In de richtlijn betreffende uitzendarbeid³⁰ is bijvoorbeeld het beginsel neergelegd dat de essentiële arbeidsvoorwaarden die voor uitzendkrachten gelden, ten minste dezelfde moeten zijn als die welke voor deze werknemers zouden gelden als zij door de inlenende onderneming voor dezelfde functie in dienst zouden worden genomen.³¹ In dat verband kunnen de lidstaten, enerzijds, de sociale partners toestaan de arbeidsvoorwaarden te definiëren en, anderzijds, afwijken van het beginsel van gelijke behandeling, op basis van tussen de sociale partners gesloten collectieve overeenkomsten.³²

83. Op grond hiervan kom ik tot de slotsom dat cao-bepalingen waarover namens en in het belang van de werknemers is onderhandeld die ertoe strekken sociale dumping te voorkomen, in beginsel moeten worden geacht hun werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden rechtstreeks te verbeteren in de zin van de Albany-rechtspraak.

C – Onderzoek van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie

84. Het staat in beginsel ter beoordeling aan de bevoegde nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties of in een concreet geval is voldaan aan de twee voorwaarden voor de toepassing van de Albany-uitzondering. Die beoordeling is vanzelfsprekend slechts mogelijk per individueel geval, in het licht van de specifieke bepalingen van een collectieve overeenkomst en alle bijzondere omstandigheden van de relevante markt.

85. Het staat derhalve aan het Gerechtshof te 's-Gravenhage om op basis van alle hem door partijen in het hoofdgeding overgelegde gegevens en bewijzen vast te stellen of de Albany-uitzondering daadwerkelijk van toepassing is.

28 — Zie in deze zin arresten Commissie/België, C-577/10, EU:C:2012:814, punt 45, en Wolff & Müller, C-60/03, EU:C:2004:610, punt 41.

29 — Zie arrest Laval un Partneri, C-341/05, EU:C:2007:809, punt 103 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

30 — Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (PB L 327, blz. 9).

31 — Punt 14 van de considerans van richtlijn 2008/104.

32 — Zie in die zin punten 16 en 17 van de considerans.

86. Daarbij wijs ik er wel op dat het hoofdgeding, anders dan de zaken waarover het Hof zich in het verleden heeft uitgesproken – zoals hierboven is vermeld – een collectieve overeenkomst betreft die is gesloten door vakverenigingen die werknemers en zelfstandigen vertegenwoordigen. Voorts regelen de in het hoofdgeding aan de orde zijnde cao-bepalingen geen van de traditionele aspecten van de arbeidsverhouding (zoals loon, arbeidstijd en vakantie), maar de verhouding tussen de werkgever en een andere categorie beroepsbeoefenaren: de zelfstandigen.

87. Deze bijzonderheden maken de juridische analyse voor de verwijzende rechter niet bepaald eenvoudig, in zoverre het minder duidelijk is dan in andere gevallen of daadwerkelijk aan de Albany-voorwaarden – en in het bijzonder de tweede voorwaarde – is voldaan. Om de verwijzende rechter behulpzaam te zijn bij zijn analyse, zal ik thans enige aanvullende punten bespreken betreffende factoren waarmee hij mijns inziens rekening moet houden bij de beslissing wie er in feite baat heeft bij de litigieuze cao.

88. Gezien het tweeledige karakter van de litigieuze cao moet de verwijzende rechter in wezen beslissen of die overeenkomst is gesloten ten bate van musici die in dienst zijn van de door de VSR vertegenwoordigde orkesten – en dus in beginsel de werkgelegenheids- of arbeidsvoorwaarden rechtstreeks kan verbeteren – dan wel of die cao er primair toe dient de mededinging tussen zelfstandigen te beperken en bijgevolg buiten de werkingssfeer van de Albany-uitzondering moet vallen. Dit kan niet in abstracto worden bepaald louter op basis van de verklaringen van de partijen die de overeenkomst hebben gesloten, maar moet in concreto worden vastgesteld. Om dit na te gaan, zou het mijns inziens voor de nationale rechter met name dienstig kunnen zijn de volgende twee aspecten te onderzoeken.

89. In de eerste plaats moet hij nagaan of er een reëel en ernstig gevaar van sociale dumping bestaat en, zo ja, of de betrokken bepalingen noodzakelijk zijn om die dumping te voorkomen. Het moet waarschijnlijk zijn dat zonder de betrokken bepalingen een aanzienlijk aantal werknemers tegen lagere kosten door zelfstandigen zal worden vervangen. Dit kan zich voordoen door ofwel het onmiddellijke ontslag van werknemers of via een geleidelijke besparing door werknemers van wie de arbeidsovereenkomst afloopt niet te vervangen.

90. Indien het gevaar van sociale dumping evenwel niet reëel en ernstig is, zou elke mogelijke verbetering van de rechtspositie van de werknemers niet rechtstreeks maar juist nogal onzeker en louter speculatief zijn. Of dat gevaar voldoende reëel is in een bepaald geval hangt mijns inziens voornamelijk af van de economische sector en de bedrijfstak waarvoor de cao geldt.

91. In het hoofdgeding lijkt de cruciale vraag in dat verband te zijn of bij de orkesten die zijn aangesloten bij de VSR, in het algemeen de neiging zal bestaan onmiddellijk of geleidelijk een niet-onaanzienlijk aantal „werknemer”-musici te vervangen door zelfstandige musici, wanneer in de litigieuze cao geen minimumtarief voor de laatsten is opgenomen.

92. In de tweede plaats moet de nationale rechter de werkingssfeer en draagwijdte van de betrokken bepalingen onderzoeken, dit wil zeggen, nagaan of zij verder gaan dan nodig is om de doelstelling van voorkoming van sociale dumping te verwezenlijken. Van cao-bepalingen die verder gaan dan het gestelde doel ervan, kan bezwaarlijk worden aangenomen dat zij werkelijk en effectief ten voordeel strekken van werknemers. Sommige van die bepalingen – namelijk de buitensporige of ongerechtvaardigde – kunnen immers niet rechtstreeks leiden tot verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers.

93. Een voorbeeld van bepalingen die mijns inziens verder gaan dan nodig is, zijn cao-bepalingen die werknemers een grotere bescherming bieden ten opzichte van zelfstandigen dan ten opzichte van andere werknemers. Met andere woorden, bepalingen waarin minimumtarieven voor zelfstandigen worden vastgesteld die aanzienlijk hoger liggen dan de minimumlonen voor werknemers, tonen aan dat aan de betrokken bepalingen een ander doel ten grondslag heeft gelegen dan de bescherming tegen sociale dumping.

94. Gelet op het voorgaande meen ik dat bepalingen als die van de litigieuze cao, ondanks hun mededingingsversturende gevolgen, onvoorwaardelijk moeten worden aanvaard wanneer kan worden bewezen dat zij werkelijk noodzakelijk zijn om sociale dumping te voorkomen. Anders verzwakken die bepalingen de concurrentie tussen zelfstandigen (en mogelijk tussen werkgevers), terwijl zij weinig of geen voordeel opleveren voor werknemers.

95. Het is wellicht niet zonder belang dat de door mij voorgestelde uitlegging van artikel 101 VWEU in grote lijnen overeenkomt met een aantal arresten van de Supreme Court van de Verenigde Staten over de toepasselijkheid van de Sherman Act in het kader van arbeidsrechtelijke geschillen waarnaar FNV in haar schriftelijke opmerkingen heeft verwezen.

96. Voordat ik op deze zaken inga, wijs ik er wel op dat de relevante rechtskaders van de Europese Unie en de Verenigde Staten, hoezeer zij ook op elkaar mogen lijken, niet identiek zijn. De rechtsorde van de Unie kent met name geen uitdrukkelijke wettelijke bepalingen van dezelfde orde als de bepalingen van de Clayton Act³³ of de Norris-La Guardia Act³⁴, die voorzien in een uitdrukkelijke uitzondering op de mededingingswetgeving voor „vakverenigingen, zolang zij optreden in hun eigen belang en zich niet aansluiten bij andere groepen dan vakverenigingen”. Ondanks dat verschil kunnen er mijns inziens toch bepaalde parallellen worden getrokken.³⁵

97. In het arrest AFM/Carroll³⁶ heeft de Supreme Court de geldigheid bevestigd van een reeks minimumprijzen („de prijslijst”) die de orkestleiders³⁷ op last van een vakvereniging (die musici en orkestleiders vertegenwoordigde) moesten toepassen bij het sluiten van overeenkomsten met afnemers van muziek. Terwijl het federale hof van beroep had geoordeeld dat de prijslijst een inbreuk per se was op de Sherman Act, aangezien zij betrekking had op prijzen en niet op lonen (de orkestleiders waren zelfstandigen en geen werknemers), verwierp de Supreme Court die benadering omdat daarin „de noodzaak van een meer dan uitsluitend formeel onderzoek” was veronachtzaamd. Cruciaal was niet de vraag of de prijslijst zag op prijzen of op lonen, maar of die lijst strekte tot loonbescherming van de musici die in dienst waren van de orkestleider. De Supreme Court stelde vast dat dit laatste inderdaad het geval was en oordeelde dat de prijslijst binnen de „labour exemption” (vrijstelling voor vakverenigingsactiviteiten) van de Sherman Act viel.³⁸

98. In het arrest Allen Bradley Co./Local Union no. 3, benadrukte de Supreme Court echter dat de Sherman Act vakverenigingen niet toestaat „andere groepen behulpzaam te zijn bij de monopolievorming van ondernemingen en de controle op het op de markt brengen van goederen en diensten”.³⁹ In het arrest United Mine Workers/Pennington oordeelde de Supreme Court voorts dat „een vakvereniging zijn vrijstelling van de mededingingswetten verliest wanneer blijkt dat zij met een

33 — Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 12-27.

34 — Norris-La Guardia Act, 29 U.S.C. §§ 101-115.

35 — Aangezien advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak Albany (EU:C:1999:28, punten 96-107) het rechtskader van de Verenigde Staten uitvoerig heeft geanalyseerd, verwijs ik voor een meer algemene beschrijving ter zake naar die conclusie. Ik vermeld hier slechts enkele van de specifiek door FNV genoemde uitspraken van de Supreme Court.

36 — 391 U.S. 99 (1968).

37 — Met orkestleiders werden bedoeld de musici die de regelingen treffen met de afnemers van de diensten van het orkest.

38 — Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1-7.

39 — 325 U.S. 797 (1945).

groep werkgevers is overeengekomen een bepaalde loonschaal op te leggen aan andere onderhandelingsgroepen. [...] Dit geldt ook wanneer het aandeel van de vakvereniging bestaat in een verbintenis om bij de overige werkgevers in de bedrijfstak dezelfde lonen, arbeidstijden of andere arbeidsvoorwaarden te bedingen.”⁴⁰

99. Zoals ik deze uitspraken interpreteer, bieden zij steun aan het standpunt dat „rechtstreekse verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers” niet te eng moet worden uitgelegd. Het feit dat in een bepaling in een collectieve overeenkomst minimumtarieven worden vastgesteld voor zelfstandigen die met werknemers concurreren om dezelfde banen, is op zich niet toereikend om die bepalingen binnen de werkingssfeer van de mededingingsregels te brengen. Die cao-bepalingen moeten werkelijk het gestelde doel ervan nastreven en er niet op zijn gericht ondernemingen te helpen hun onderlinge concurrentie te beperken. Bovendien geven deze uitspraken aan dat een terughoudende benadering moet worden gevolgd bij de toetsing aan de mededingingsregels van het gedrag van vakverenigingen die trachten de door hen onderhandelde arbeidsvoorwaarden op te leggen aan andere categorieën beroepsbeoefenaren die buiten de werking van hun collectieve overeenkomsten vallen.

100. Ik concludeer derhalve dat het aan de verwijzende rechter staat te beoordelen of de betrokken bepalingen van de litigieuze cao voldoen aan de voorwaarden van de Albany-uitzondering. Hij dient daartoe met name na te gaan of die bepalingen de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van de werknemers rechtstreeks verbeteren, doordat zij sociale dumping werkelijk en doeltreffend voorkomen en niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken.

IV – Conclusie

101. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Gerechtshof te 's-Gravenhage als volgt te beantwoorden:

„Bepalingen in een collectieve overeenkomst, gesloten tussen, enerzijds, een vereniging van werkgevers en, anderzijds, vakverenigingen die werknemers en zelfstandigen vertegenwoordigen, waarin is voorzien 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, vallen:

- binnen de werkingssfeer van artikel 101 VWEU wanneer zij namens en in het belang van zelfstandigen zijn overeengekomen;
- buiten de werkingssfeer van artikel 101 VWEU wanneer zij zijn overeengekomen namens en in het belang van werknemers van wie zij de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden rechtstreeks verbeteren. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of de betrokken bepalingen de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers rechtstreeks verbeteren, doordat zij sociale dumping werkelijk en doeltreffend voorkomen, en niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken.”

⁴⁰ — 381 U.S. 657 (1965).