

RECHTSPRAAK

# FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden

## ***Vervolg op FNV KIEM-arrest: remplaçanten zijn schijnzelfstandigen in het licht van mededingingsrecht.***

(Vervolg op HvJ EU 4 december 2014, AR 2014-1031 (FNV KIEM).) In de jaren 2006 en 2007 hebben FNV en de werknemersvereniging Nederlandse toonkunstenaarsbond enerzijds en de werkgeversvereniging Vereniging van Stichtingen Remplaçanten Nederlandse Orkesten anderzijds, een collectieve arbeidsovereenkomst voor remplaçanten van orkestleden (hierna: remplaçanten) gesloten. Deze collectieve arbeidsovereenkomst had onder meer betrekking op de minimumtarieven, niet alleen voor remplaçanten in het kader van een dienstverband (hierna: werknemersremplaçanten), maar ook voor remplaçanten die hun werkzaamheid op basis van een overeenkomst van opdracht uitoefenen en niet worden beschouwd als 'werknemers' in de zin van de overeenkomst zelf (hierna: zelfstandige remplaçanten). Inzonderheid was in bijlage 5 bij voormelde collectieve arbeidsovereenkomst bepaald dat aan zelfstandige remplaçanten ten minste het repetitie- en concerttarief dat voor werknemersremplaçanten was overeengekomen, vermeerderd met 16%, moest worden betaald. Op 5 december 2007 heeft de NMa een visiedocument gepubliceerd waarin zij het standpunt innam dat een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst waarin minimumtarieven voor zelfstandige remplaçanten waren vastgelegd niet onttrokken was aan de werkingssfeer van artikel 6 van de Mededingingswet (Mw) en artikel 81 lid 1 EG-Verdrag in de zin van het arrest Albany (C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430). Wanneer overeenkomsten van opdracht onder de werkingssfeer van een collectieve arbeidsovereenkomst worden gebracht, verandert de aard van deze overeenkomst en heeft zij de kenmerken van een overeenkomst tussen ondernemersverenigingen, aangezien er van de zijde van de vakvereniging over wordt onderhandeld door een organisatie die niet als werknemersvereniging, maar als vereniging van zelfstandigen optreedt. Naar aanleiding van deze standpuntbepaling hebben de werkgeversvereniging Vereniging van Stichtingen Remplaçanten Nederlandse Orkesten en de werknemersvereniging Nederlandse toonkunstenaarsbond de collectieve arbeidsovereenkomst opgezegd en geen nieuwe overeenkomst willen sluiten waarin een bepaling over minimumtarieven voor zelfstandige remplaçanten voorkwam. Het Hof Den Haag heeft prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU gesteld. Het HvJ EU heeft op deze vragen als volgt geantwoord: 'Het recht van de Unie moet aldus worden uitgelegd dat de bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst zoals die in het hoofdgeding, die minimumtarieven vastlegt voor zelfstandigen – leden van een van de aangesloten

werknemersorganisaties – die voor een werkgever op basis van een overeenkomst van opdracht hetzelfde werk verrichten als werknemers in loondienst van die werkgever, slechts buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU valt indien die dienstverleners “schijnzelfstandigen” zijn, dat wil zeggen dienstverleners die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van die werknemers. Het is aan de verwijzende rechterlijke instantie om te verifiëren of dit het geval is.’

Het hof oordeelt als volgt. Aan de orde is aldus de vraag of zelfstandige remplaçanten moeten worden beschouwd als ‘schijnzelfstandigen’ in de zin van het arrest van het HvJ EU. Over de vraag of andere zelfstandigen dan remplaçanten (zoals zzp’ers in het algemeen of werkzaam in een andere branche) als ‘schijnzelfstandigen’ in de hier bedoelde zin moeten worden aangemerkt doet het hof geen uitspraak. Het hof begrijpt het arrest van het HvJ EU aldus dat het begrip ‘schijnzelfstandige’ ziet op die remplaçanten die voor de toepassing van het mededingingsrecht niet kwalificeren als ondernemingen. Of een dergelijke schijnzelfstandige, al dan niet omdat sprake is van een schijnconstructie, ook moet worden beschouwd als werknemer in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW is in dit geding niet aan de orde. Voor deze schijnzelfstandige geldt dat bepaalde overeenkomsten als in dit geding aan de orde buiten de werking van het mededingingsrecht vallen. Het HvJ EU heeft in zijn arrest van 4 december 2014 het begrip ‘schijnzelfstandigen’ omschreven als ‘dienstverleners wier situatie vergelijkbaar is met die van werknemers’. Tevens heeft het HvJ EU overwogen dat – van ‘schijnzelfstandigen’ te onderscheiden – ‘echte ondernemingen’ zich tijdens de duur van de contractuele verhouding niet in een ondergeschiktheidsrelatie tot het betrokken orkest bevinden en dus, vergeleken met werknemers die hetzelfde werk verrichten, over meer zelfstandigheid en flexibiliteit beschikken voor wat betreft de bepaling van het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken, te weten de repetities en de concerten. Het gaat bij zelfstandige remplaçanten om musici die invallen bij één of meer orkesten en dan, afgezien van het geval dat de solist remplaçant is, hetzelfde werk verrichten als musici die bij die orkesten in dienst zijn. Het kan dus voorkomen dat een zelfstandige remplaçant-violist aan dezelfde lessenaar zit als een werknemer (of een werknemer-remplaçant) en dezelfde partij speelt. Zelfstandige remplaçanten moeten, net als de werknemers van het orkest, volgens een vast rooster aanwezig zijn bij de repetities en de concerten van het orkest. Zij moeten net als die werknemers de aanwijzingen van de dirigent opvolgen. De kwaliteit van een orkestproductie hangt samen met de continuïteit in de aanwezigheid van de musici. Een repetitie kan niet op een ander tijdstip worden ingehaald. Zelfstandige remplaçanten mogen zich niet laten vervangen door een door henzelf aangewezen persoon, indien nodig regelt het orkest zelf een vervanger die aan zijn kwaliteitseisen voldoet. Zelfstandige remplaçanten kunnen, en zullen veelal, naast de hiervoor genoemde werkzaamheden, inkomsten verwerven als muziekdocent, hetzij als privédocent hetzij aan een conservatorium of muziekschool. Het hof is van oordeel dat zelfstandige remplaçanten als ‘schijnzelfstandigen’ in de zin van het arrest van het HvJ EU moeten worden beschouwd. Anders dan ‘echte’ ondernemingen bevinden zelfstandige remplaçanten zich gedurende de contractuele relatie in een ondergeschiktheidsrelatie. Zij moeten niet alleen de aanwijzingen van de dirigent opvolgen maar ook volgens een aan hen ter beschikking gesteld

rooster aanwezig zijn voor repetities en concerten, dit alles niet anders dan de musici die bij het orkest als werknemer in dienst zijn. Van enige flexibiliteit of zelfstandigheid voor wat betreft de bepaling van het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken is geen sprake. De Staat heeft aangevoerd dat de zelfstandige remplaçant kan beslissen of hij zich verbindt, waarvoor hij zich verbindt, hoe lang hij zich verbindt en of hij daarnaast voor andere opdrachtgevers werkt. Dat is echter voor een werknemer-remplaçant die voor bepaalde tijd in dienst treedt, bijvoorbeeld voor een reeks concerten, niet wezenlijk anders. Ook staat het een werknemer-remplaçant die niet in een volledige dienstbetrekking werkzaam is vrij om daarnaast andere betaalde werkzaamheden te verrichten. Dat het HvJ EU de vrijheid van de remplaçant om een verbintenis met een orkest aan te gaan niet als een beslissend criterium beschouwt blijkt ook uit de woorden 'tijdens de duur van de contractuele verhouding' (in r.o. 36 en 37), waarmee het kennelijk heeft willen onderstrepen dat veeleer van belang is hoe de verhoudingen liggen nadat een remplaçant een opdracht heeft aanvaard.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 01-09-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2015:2305

**Zaaknummer:** 200.082.997/01

**Rechters:** S.A. Boele, E.M. Dousma-Valk en T.R. Ottervanger

**Advocaten:** R.A.A. Duk en B.J. Drijber

**Wetsartikelen:** Mededingingswet, 1 WCAO en 101 VWEU