



De Kunstenaarsbond, voorheen FNV KIEM, reageert hiermee op het ACM consultatiedocument “Concept Leidraad Tariefafspraken zzp’ers”. Wij hebben onze reactie verzonden naar de ons bekende collega beroeps- en vakverenigingen. De verenigingen die hierop hebben gereageerd onderschrijven onze reactie.

De **Kunstenbond** is met 8.000 leden in de meeste creatieve en culturele disciplines de breedste en met de NVJ de grootste belangenvereniging voor mensen die in Nederland werken in de Culturele en Creatieve Sector (verder: CC-sector). Onze leden zijn van oudsher zowel werknemers als zelfstandigen.

De **Nederlandse Vereniging van Journalisten (NVJ)** vertegenwoordigt ruim 8000 journalisten. Voor het eerst in de geschiedenis is van de NVJ (1884) is het aantal zelfstandige leden gelijk aan het aantal leden in vaste dienstverband. In 2015 werd de laatste fotojournalist in vast dienstverband ontslagen om vervolgens als zzp’er te worden ingehuurd. Zelfstandige (foto)journalisten verdienen gemiddeld 50% minder dan hun collega’s in vast dienstverband.

Dutch Photographers (DuPho) is de beroepsorganisatie van 2.500 professionele fotografen.

De **Nederlandse Toonkunstenaarsbond (Ntb)** is de vakorganisatie voor muzikanten, musici, componisten en muziekdocenten. De Ntb heeft zich inmiddels met haar 2.300 leden aangesloten bij de Kunstenaarsbond.

Het **Platform voor Freelance Musici** is een recent opgericht platform met 2.200 aangesloten belangstellenden.

De **Beroepsvereniging voor Beeldend Kunstenaars (BBK)** is een landelijke vereniging van 2.000 professionele beeldend kunstenaars.

De **Auteursbond** is de Nederlandse beroeps- en belangenvereniging van schrijvers en vertalers. Zij vertegenwoordigen ruim 1.500 auteurs. De Auteursbond bestaat uit de secties: boekvertalers, educatieve auteurs, freelance journalisten, jeugdboekenschrijvers, letterkundigen, literaire vertalers, het Netwerk Scenarioschrijvers, ondertitelaars en misdaadauteurs.

De **Dutch Directors Guild (DDG)** verenigt een kleine 400 Nederlandse film- en televisieregisseurs in de ruimste zin, alsmede radiomakers.

Samen1Stem verenigt stemacteurs, voice-over artiesten, vertalers en anderen die actief zijn in de Nederlandse nasynchronisatie branche.

Dutch Animation and Motion Design (DAMD) verenigt animatoren, animatieregisseurs, motion designers en visual effects (VFX) professionals.

Popauteurs.NL behartigt de belangen van professionele muzikauteurs.

Inleiding

Als Kunstenaarsbond maken wij deel uit van de Regiegroep Arbeidsmarktagenda Culturele en Creatieve Sector. Een delegatie van de Regiegroep Arbeidsmarktagenda Culturele en Creatieve Sector (verder: Regiegroep) op 24 april jl. een gesprek gehad met vertegenwoordigers van de ACM, waaronder bestuursvoorzitter M. Snoep. Ten behoeve daarvan hebben wij een gespreksnotitie opgesteld waarin wij een deel van de voorgeschiedenis van de arbeidsmarktagenda voor zover dit betrekking had op het collectief onderhandelen is weergegeven.

De inhoud van die notitie mag ter introductie als hier herhaald en ingelast worden beschouwd.

De inhoud van deze reactie werd aangepast naar aanleiding van de toelichting op de leidraad zoals gegeven door bestuursvoorzitter M. Snoep van de ACM tijdens een werklunch bij de SER op 30 augustus 2019, omdat wij in de leidraad beperktere mogelijkheden lazen dan tijdens de mondelinge toelichting bleken. Dat levert vooral een aantal opmerkingen op die vragen om een verduidelijking in de leidraad. Vanwege de beperktere ruimte in de op schrift gestelde leidraad hebben we ervoor gekozen om de argumentatie in de meeste gevallen toch te laten staan.



SAMENVATTING

Gat tussen ultimum remedium (mogelijke sectorale wetswijziging) en leidraad is te groot

Wij realiseren ons dat de ACM een onafhankelijk orgaan is dat erop toeziet dat iedereen voor wie dat geldt (!) volgens de bestaande (wettelijke) mededingingsregels onderneemt. En dat de ACM haar eigen oordeel geeft over de grenzen van en de interpretatie van de wettelijke regels zoals die in Nederland gelden. De politiek heeft qua inhoud het primaat. De ACM gaat over handhaving.

De politiek is ten aanzien van de werking van het mededingingsrecht en de CC-sector aan het woord geweest en heeft (via de motie Ellemeet/Asscher)¹ uitgesproken dat het Europese mededingingsrecht voor zzp'ers in de sector een belemmering vormt en heeft los van deze leidraad aan de minister gevraagd een oplossing te creëren opdat zzp'ers werkzaam in de CC-sector collectief kunnen onderhandelen (via experimenteerruimte).

De mogelijke wetswijziging naar aanleiding van deze motie lijkt het karakter te krijgen van een *ultimum remedium* en dus zal de sector ook binnen de bestaande regelingen collectief voldoende ruimte moeten hebben om iets van betekenis te kunnen uitrichten, voordat eventueel aan het einde van een traject een beroep op dit ultimum remedium in beeld komt.

Binnen de huidige formuleringen in de leidraad zien wij die mogelijkheid onvoldoende.

Onderscheid 'goederen en diensten'

De leidraad ziet expliciet alleen op zzp'ers die als enige bedrijfsactiviteit het leveren van diensten hebben. De leidraad is niet bedoeld voor zzp'ers die goederen aanbieden. Maar in de leidraad ontbreekt een definitie van beide begrippen. De tekst biedt daarmee onvoldoende houvast voor de praktijk. Enig onderzoek naar de (economische of juridische) betekenis van 'goederen' en 'diensten' levert geen eenduidig beeld op. Een illustratie bijvoorbeeld is tastbaar, maar is een illustrator daarmee een zzp'er die goederen aanbiedt? Wij geen hierop in het volgende deel uitvoeriger in.

Wij adviseren ter verduidelijking op te nemen dat in dit kader als 'aanbieden van goederen' wordt bedoeld dat de zzp'er(s) 'in productie genomen goederen' aanbiedt (i.d.z.v. meerdere identieke exemplaren van hetzelfde goed, een goed waarvan meerdere exemplaren in voorraad kunnen worden genomen). Of er in elk geval helder over te zijn dat de culturele en creatieve sector wat de ACM betreft onder leveranciers van diensten valt, zoals dit feitelijk al geldt voor de creatief zakelijke dienstverlening waaronder de ontwerp, interieur- en modeontwerp, architectuur, stedenbouw en reclame vallen.

Aardvereiste: aanpassen aan veranderende arbeidsmarkt (moderne sociale partners)

De gemeenschappelijke sociale doelstellingen van de sociale partners (in hedendaagse zin) omvatten binnen de snel veranderende arbeidsmarkt het terrein van zowel werknemers als zelfstandigen, van werkgevers en dat van opdrachtgevers. En onze gezamenlijke "*doelstellingen van sociale politiek, onze gezamenlijke inspanningen om werkgelegenheid- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren, zouden teveel ondermijnd worden*" als het onderscheid tussen werknemers en 'als zelfstandige werkenden' te strikt en vooral zonder enig onderscheid tussen deze als zelfstandige werkenden wordt gemaakt.

Wijzend op de agendapunten in de Arbeidsmarktagenda CC-sector onder de noemer 'versterken verdienvermogen', moge voorts duidelijk zijn dat wij als moderne/hedendaagse sociale partners in de Arbeidsmarktagenda gezamenlijk evengoed een actieplan hebben ontwikkeld dat ook gaat over economische groei. Dit om de hogere honorering liefst zonder teveel verlies van werkgelegenheid en kostenstijging voor consumenten te kunnen financieren.

¹ <https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/i9vvij5epmj1ey0/vkijapn1asgxu>



Hedendaagse/moderne sociale partners in een hedendaagse/moderne sociale dialoog brengen evenwicht in de twee doelstellingen van het VWEU: economische groei én sociale doelstellingen. Marktwerking en marktintegratie zijn instrumenten om het doel economische groei te bereiken. Wanneer sociale partners (in hedendaagse zin) bewust en weloverwogen denken de twee VWEU doelstellingen te kunnen dienen door voor groepen (kwetsbare en qua positie en wijze van werken zeer aan werknemers verwante) zelfstandigen afspraken te maken op het sociale terrein die raken aan het mededingingsrecht, dan past dit binnen 'aard-vereiste'.

Doelvereiste – sociale doelstellingen / efficiëntieverbeteringen

De ACM legt met 'een **minimum** aan sociale bescherming' in de par. 49 t/m 52 door de toevoeging van het woord minimum de lat te laag. En de benadering is te eendimensionaal. De opsomming wordt gepresenteerd als een limitatieve opsomming, hetgeen te beperkt is. In de drie parallelle zaken Albany, Brentjens en Drijvende Bokken² geeft het Europese Hof aan dat de economische doelstellingen die door het mededingingsrecht nagestreefd worden niet zwaarder mogen wegen dan de sociale doelstellingen van het Verdrag. En sociaal beleid is breder dan het bieden van een 'minimum aan sociale bescherming'. Het gaat, wanneer we het over niet-ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht hebben, over 'bevordering van werkgelegenheid', 'gestage verbetering van levensomstandigheden en arbeidsvoorwaarden' en 'bieden van adequate sociale bescherming' (art. 151 VWEU).

1. Sectoraanpak – Fair Practice Code (FPC)

Sociale partners (in hedendaagse/moderne zin) hebben het voornemen om in een Sociaal Arrangement (werktitel) verschillende resultaten die voortkomen uit de voltooide punten uit de arbeidsmarktagenda, te bundelen en te koppelen aan een set afspraken voor werkenden, werknemers zonder cao, zzp'ers en werknemers met cao.

Een minimumtarief is onvoldoende om tegemoet te kunnen komen aan de opdracht van de minister en de sector om te komen tot 'eerlijke beloning'.

De sociale partners menen dat het, in een Sociaal Arrangement samenkomen van opbrengsten uit de Arbeidsmarktagenda, de enige manier is om de complexe en ambitieuze agenda werkbaar, op elkaar aansluitend en met behoud van werkzaamheid -zowel als geheel als van elk van de verschillende elementen afzonderlijk- te kunnen garanderen. Ter voorkoming van cherry picking.

2. Brede roep om realistisch tarieven

De brede CC-sector, inclusief de SER en de Raad voor Cultuur, de daarvoor verantwoordelijke ministers én de Tweede Kamer, dringen aan op verbetering van de (inkomens-)positie van werkenden in de sector, dringen aan op realistische begrotingen gebaseerd op billijke/eerlijke tarieven, mede mogelijk gemaakt door middel van collectief onderhandelen door of namens zelfstandigen. Dit omdat bij iedereen het besef er is dat er binnen deze sector billijke/eerlijke tarieven anders (zonder collectief) een fictie blijven.

3. Social Dumping

Social dumping in de zin van het voorkomen van onderlinge concurrentie tussen werknemers met een cao (of een andere collectieve regeling zoals een met de OR overeengekomen bedrijfsregeling) en zzp'ers -en daarmee het ondergraven van de arbeidsvoorwaarden van werknemers- wordt in de leidraad expliciet aangemerkt als een rechtvaardiging om de werking van het mededingingsrecht te beperken. Dit punt is voor de sector belangrijk en we juichen dat van harte toe.

² HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751 (*Albany International B.V.*), HvJ EG 21 september 1999, C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121 (*Drijvende Bokken*) en HvJ EG 21 september 1999, C-115/97 en C-117/97, *Jur.* 1999, p. I-6025 (*Brentjens Handelsonderneming B.V.*).



Aangezien elk verschil tussen het totaal aan kosten voor werknemers (in de meeste gevallen vastgelegd in een cao) en de tarieven van zzp'ers per definitie de positie van die werknemers ondergraaft, gaan wij ervan uit dat elk verschil ingrijpen namens werknemers rechtvaardigt. Maar omdat de passage over 'social dumping' is opgenomen in een paragraaf die helemaal gaat over 'minimum sociale bescherming' en 'minimumarbeidsinkomen', wekt de leidraad de indruk dat ter voorkoming van social dumping slechts op minimumniveau afspraken gemaakt mogen worden.

Tijdens de werklunch bleek dat de ACM erkent dat elk verschil een beroep op *social dumping* rechtvaardigt (en de daarmee samenhangende de ACM ruimte biedt voor collectieve afspraken). Wij vragen de ACM de leidraad op dit punt aan te passen.

3. Onderscheid werknemers/zelfstandigen (Belastingdienst)

Het uitgangspunt bij het onderscheiden van zelfstandigen en werkwerknemers bestaat er bij de Belastingdienst (onder andere) uit dat een zelfstandige een behoorlijk percentage méér zal moeten ontvangen dan een eventuele werknemer die hetzelfde werk doet aan salaris ontvangt, om als zelfstandige gezien te worden. Wij zijn ons ervan bewust dat we het hebben over verschillende wettelijke systemen en verschillende toetsingscriteria. Maar nu het een onderscheidend element is bij de Belastingdienst, dienen zelfstandigen ook wel in de gelegenheid te zijn om dit onderscheidend element in te vullen, anders wordt een juridisch stelsel ontwikkeld dat totaal niet aansluit op de realiteit en ander juridische stelsel binnen hetzelfde land. En waarbij werkenden zowel door de kat als door de hond worden gebeten. En om in staat te zijn dit element in te vullen is (in onze sector) collectief onderhandelen nodig.

Overeenstemming, draagvlak en verdiscontering consumentenbelang

In de leidraad moet worden opgenomen dat overeenstemming over tarieven met opdrachtgevers een omstandigheid is op grond waarvan aangenomen wordt dat het consumentenbelang hierdoor dermate serieus is meegewogen dat dergelijke afspraken in beginsel onvoldoende inbreuk op het mededingingsrecht maken om daartegen op te treden.

Tijdens de SER-werklunch bleek dat de ACM wel degelijk aan sociale partners deze ruimte beoogt te geven. Daar zijn wij uiteraard blij mee, maar wij lezen dat zelf niet in de leidraad. Terwijl dit wel van groot belang is om (aankomende) contractspartijen in het veld gerust te kunnen stellen.

Collectieve acties om tot overeenstemming te komen

Als het tussen verenigingen van werkenden/zelfstandigen en de opdrachtgevers 'overeenkomen' van (tarief)afspraken een belangrijk element is van het toestaan van het maken van collectieve afspraken -en waarbij in het kader van de efficiëntieverbetering het belang van de consument is meegewogen- zal het de (verenigingen van) zelfstandigen ook moeten worden toegestaan om hun onderhandelingen kracht bij te zetten door middel van collectieve acties teneinde tot die overeenstemming te komen.

Tijdens de werklunch bleek dat de ACM dit ook erkent. Dit moet ook in de leidraad een plek vinden.

Onevenwichtige machtsbalans

Wij missen, onder verwijzing naar de ICTU vs Ireland-uitspraak van de ECSR ("*onevenwichtige machtsbalans als doorslaggevend criterium*"), in de leidraad een houvast voor (schijn-)zzp'ers met een evident afhankelijke positie om op een serieuze wijze iets te kunnen aanrichten tegen marktfalen ten koste van hun (onderhandelings-)positie. Situaties waarin er sprake is van een (of enkele) overheersende marktpartijen die als monopsonie in een markt opereert (opereren) en waarin er sprake is van een onevenredige machtsbalans. Of situaties waarin het 'voor jou tien anderen'-argument gecombineerd met de arbeidsmarktsituatie individuen telkens plaats in de positie dat zij slechts een keuze hebben, het voorgelegde (eenzijdige) contract wel of niet tekenen.



Het beginsel van contractsvrijheid, dat mede beoogt zwakkere contractspartijen te beschermen, gaat verder dan 'het recht om *nee* te zeggen' tegen een voorgelegde eenzijdige standaardovereenkomst.

In de dagbladmarkt bestaan er nog slechts vier uitgeverijen, waarvan Mediahuis en De Persgroep 86% van de regionale dagbladmarkt in handen. In de jaren tachtig van de vorige eeuw waren er nog twintig regionale uitgeverijen. Ook in de muziek, audiovisuele en omroepsector is een machtsconcentratie te zien.

Wel/niet 'onderneming' in de zin van het mededingingsrecht

De ACM hanteert in de leidraad een te strikte benadering van een 'onderneming' in de zin van het mededingingsrecht. Een benadering die onvoldoende aansluit bij de huidige veranderde arbeidsmarkt en in elk geval die in de CC-sector. We gaan verderop ook in op de opdracht van de ministers van OCW en van Media, de SER en Raad voor Cultuur en de sector aan de sector zelf.

De ACM moet het mededingingsrecht niet slaafs of blind toepassen. Omdat anders hele groepen zwakke deelnemers aan de arbeidsmarkt, creatieve professionals, kunstenaars en andere werkenden in de sector steeds verder richting de armoede worden gedreven. En de maatschappij als geheel, en alle consumenten die zich daarin bevinden, krijgen daar uiteindelijk de rekening voor gepresenteerd. De ACM biedt te weinig ruimte, mogelijkheden of aanknopingspunten om onderbouwd en gemotiveerd (groepen) 'zelfstandigen' uit de sfeer van het mededingingsrecht te houden zoals door de SER/Raad voor Cultuur geadviseerd en via de motie Ellemeet/Asscher door de Tweede Kamer gesteund. Bijvoorbeeld omdat deze niet of onvoldoende zelfstandig hun marktgedrag kunnen bepalen of zij onvoldoende in staat zijn tot prijsvorming te komen die tot een duurzame en gezonde bedrijfsvoering leidt, of die in overeenstemming is met de geleverde dienst.

De sociale partners, of vertegenwoordigers namens werk-/opdrachtgevers en werk-/opdrachtnemers weten over het algemeen heel goed welke (delen van) beroepsgroepen zich wel of niet als 'ondernemer' beschouwen en hoe ze deze groepen moeten definiëren.

Tijdens de werklunch werd duidelijk dat ook bij de ACM het idee leeft dat sociale partners in dergelijke gevallen in staat zouden zijn om te kunnen beoordelen wie echte ondernemingen (willen) zijn en voor wie dat niet geldt. En hen zou bijgevolg de ruimte moeten toekomen om deze grenzen gezamenlijkheid te definiëren. Wij vragen jullie dit in de leidraad op te nemen.

Zij-aan-zij' regel

Een redelijke uitleg van de geïntroduceerde zij-aan-zij-regel zou los moeten staan van de vestiging of organisatie, omdat daarin door -al dan niet recente- reorganisaties inmiddels mogelijk geen werknemers meer actief zijn in de functies waarover men collectief wil onderhandelen. De zij-aan-zij regel zou tenminste op sectoraal niveau moeten worden toegepast (vergelijking met werknemers die hetzelfde werk doen kan ook worden buiten de organisatie waar de zelfstandigen werken).

Een redelijke uitleg van de regel zou zelfs los moeten (kunnen) staan van een sectorale zij-aan-zij vergelijking tussen werknemers en zzp'ers in hetzelfde beroep, omdat deze werknemers mogelijk inmiddels niet meer voor handen zijn en misschien ook zelfs nooit zijn geweest. Terwijl de wijze waarop zzp'ers binnen de organisaties in de sector werken de facto niet of nauwelijks zou hebben afgeweken van de wijze waarop werknemers in de sector zouden hebben gewerkt, wanneer zij in de sector aanwezig zouden zijn geweest.



Tijdens de werklunch begrepen wij dat de ACM van mening is dat sociale partners de mogelijkheid zouden moeten hebben om via gezamenlijke afspraken de twee hierboven genoemde onduidelijkheden in te kleuren. Wie zien dat graag in het document terug.

EU-dimensie

Juist omdat het om een Europese regel gaat, zou bij de beoordeling ook gekeken moeten kunnen worden naar andere Europese landen die onder hetzelfde verdrag (hetzelfde toetsingskader) vallen. Dat de Nederlandse arbeidsmarkt in de juridische benadering van (soorten) contracten (extreem veel) flexibeler is dan die in veel andere Europese landen, betekent niet dat er in de feitelijke uitvoering van werk zoveel verschillen zijn. En al helemaal niet dat daarmee, onder hetzelfde verdrag, enige beroepsbeoefenaar in het ene land het recht op collectief onderhandelen zou moeten kunnen worden ontnomen, terwijl deze dat recht in een ander land onder vergelijkbare omstandigheden wel heeft.

In alle hierboven bedoelde gevallen zou moeten gelden dat een in dit kader te goeder trouw gemaakte beoordeling door zzp'ers of hun vertegenwoordigers in beginsel als een juiste beoordeling moeten worden gelden.

Bagateluitzondering

Het kartelverbod geldt niet voor afspraken van geringe betekenis, de bagateluitzondering. De bestaande afbakeningen (max acht zzp'ers, gezamenlijke omzet niet meer dan 1,1 mln. euro, gezamenlijk marktaandeel niet meer dan 10%) roept vragen op.

Wellicht kunnen praktijkvoorbeelden/rekenvoorbeelden meer helderheid verschaffen hoe deze voorwaarden geïnterpreteerd moeten worden door specifieke groepen creatieve makers.

Uitnodiging

Wij zijn blij met de uitnodiging van de ACM om het gesprek aan te gaan indien wij twijfels hebben of hetgeen ons voor ogen staat ook geoorloofd is.

Denk bij de handhaving en de invulling van definities en criteria ook aan de achtergrond van de sociale en mededingingsrechtelijke doelstellingen van Europa. Het is van belang om na te denken welke effecten echt ongewenst en juist gewenst zijn. Heel strikt toepassen van een verbod, ook als de effecten van het ruimer interpreteren daarvan geen probleem vormen (sterker, die zijn op dit moment juist ongewenst), is onbillijk, contraproductief en binnen het omvattend Europese recht misschien zelfs onwettig of onrechtmatig.

Ook vóór de inwerkingtreding van het mededingingsrecht in Nederland in 1997 bleef de ontwikkeling van de positie van werkenden in de CC-sector (werknemers zowel als zelfstandigen) stelselmatig achter bij aanverwante sectoren (overheid en quataire sector). En helemaal in vergelijking met commerciële en andere sectoren. Om die reden is er met enige regelmaat overheidsingrijpen nodig geweest om de (inkomens-)positie weer enigszins op niveau te krijgen.³ Vandaar ook nu de Arbeidsmarktagenda.

³ Cap Gemini Ernst & Young (2001), Arbeidsvoorwaarden kunstensector: achterstanden, knelpunten, oplossingen



Inleiding

De nieuwe leidraad is een (kleine) stap voorwaarts in een dossier waar te lang het denkraam onbeweeglijk heeft vastgezet. Maar deze verschuiving, zoals wij die in de leidraad lezen, levert voor de zzp'ers in de culturele en creatieve sector te weinig concreet vooruitzicht op. In de inleidende notitie voor het gesprek met de ACM op 24 april jl. verwijst de Regiegroep Arbeidsmarktagenda CC-sector met betrekking tot het noodzakelijk oplossen van het knelpunt van het mededingingsrecht al naar uitspraken van de ILO en de European Committee of Social Rights (ECSR). De noodzaak tot aanpassingen (voor onze sector) wordt ook in Nederland expliciet geuit door de SER en de Raad en Cultuur:⁴

- *bekijk met de ACM hoe de ruimte in het mededingingsrecht beter kan worden benut te behoeve van redelijke tarieven en bescherming van cao-afspraken;*
- *onderzoek hoe door specifieke wetgeving voor de culturele en creatieve sector, vanwege een welomschreven publiek belang dat een mededingingsrechtelijke maatregel kan rechtvaardigen, een uitzondering op het verbod op collectief onderhandelen wordt door zzp'ers kan worden gemaakt;*
- *onderzoek of via een voor deze specifieke sector afgebakende proeftuin wettelijk geregeld kan worden dat er een bodem wordt gelegd onder de vergoeding voor zzp'ers, in het geval de hierboven genoemde stappen niet of onvoldoende leiden tot een verbetering van de inkomenspositie van zzp'ers in de culturele en creatieve sector.*

Bron: SER/RvC-advies 'Passie Gewaardeerd'

Zowel binnen Nederland als in Europa bestaat onder deskundigen op het terrein van sociale rechten en arbeidsmarktissues eenstemmigheid over het feit dat het mededingingsrecht (in elk geval daar waar er sprake is van een onevenredige machtsbalans tijdens onderhandelingen, ECSR) geen belemmering mag vormen voor zzp'ers om een effectieve sociale dialoog te voeren, inclusief het voeren van collectieve onderhandelingen. Vooral wanneer het over de arbeidsmarkt in de CC-sector gaat. Dit wordt óók door vertegenwoordigers van overheden en werkgevers onderschreven (de *ILO-points of consensus* waarnaar in de notitie voor het gesprek van 24 april jl. wordt verwezen is een *tripartite overeenkomst*, tot stand gekomen na onderhandelingen door vertegenwoordigers van werkenden (werknemers én zzp'ers), werk-/opdrachtgevers én overheden).

Wij realiseren ons dat de ACM een onafhankelijk orgaan is dat erop toeziet dat iedereen voor wie dat geldt (!) volgens de bestaande (wettelijke) mededingingsregels onderneemt. En dat de ACM haar eigen oordeel geeft over de grenzen van en de interpretatie van de wettelijke regels zoals die in Nederland gelden. Wij concluderen dat er meer nodig is dan nu beschreven en daarvoor zijn in elk geval drie (sinds de werklunch bij de SER op 30 augustus jl. vier) oplossingsrichtingen denkbaar:

- I. het oordeel van de ACM aangaande de ruimte binnen de huidige regeling is voorzichtiger dan mogelijk en de ACM zal zichzelf hopelijk -mede n.a.v. deze consultatieronde- een ruimere blik toestaan⁵;
- II. de ACM oordeelt te voorzichtig en de politiek (de wetgever) moet de ACM opdragen de door haar als wetgever gegeven ruimte niet krapper te interpreteren dan dat zij bedoelt;
- III. wij lezen de leidraad beperkter dan de ACM deze bedoelde, of (dat kan ook) de ACM omschrijft de mogelijkheden in de leidraad beperkter dan dat zij eigenlijk bedoeld;

⁴ SER/Raad voor Cultuur (RvC), "*Passie gewaardeerd*", p.17, hfd 4.8 (p.66)

⁵ Een 'te voorzichtig' oordeel over de wettelijke ruimte past in de historie van de ACM/NMa, waarin FNV KIEM de ACM er via een rechterlijk oordeel toe moest 'dwingen' te erkennen dat de wet ruimer was dan zij interpreteerde. De daarna 'verruimde/aangepaste' richtsnoer was wederom erg strikt en nu, twee later, lijkt de ACM deze toch iets ruimer te kunnen interpreteren. De sector heeft de ACM hiermee door de jaren heen leren kennen als zeer voorzichtig, een automobilist die rijdt met de voet op het rempedaal.



- IV. de ACM omschrijft inderdaad hetgeen binnen de huidige juridische kaders maximaal mogelijk is en het is aan de wetgever om die huidige kaders aan te passen wanneer deze ruimte onvoldoende is. In welk geval we ons graag met de ACM bespreken wat er exact aan wijziging nodig is zodat we ons (wellicht zelfs samen met de ACM) hiermee tot de Tweede Kamer kunnen richten.

Aanvankelijk sloten wij af met een oproep aan de ACM om met ons in gesprek te gaan, maar inmiddels is duidelijk geworden dat de ACM sectoren uitnodigt om in gesprek te gaan over knelpunten en oplossingsrichtingen. Wij zullen deze uitnodiging graag aanvaarden.

Gat tussen ultimum remedium (mogelijke sectorale wetswijziging) en leidraad is te groot

De politiek is ten aanzien van de werking van het mededingingsrecht en de CC-sector al aan het woord geweest en heeft via de motie Ellemeet/Asscher⁶ uitgesproken dat 'het Europese mededingingsrecht voor zzp'ers in de sector een belemmering vormt' en heeft los van deze leidraad aan de minister gevraagd om experimenteerruimte te creëren opdat zzp'ers werkzaam in de CC-sector collectief kunnen onderhandelen.

Dat er mogelijk wettelijke ruimte voor de sector wordt gezocht, maakt deze leidraad voor de creatieve en culturele sector niet minder belangrijk. Wanneer niet op een, maar op twee plaatsen in het juridische systeem iets verandert, is het zaak dat een en ander wel voldoende op elkaar aansluit, zodat er geen (te groot) tussengebied resteert waarin geen van de regelingen effect sorteert en waar het de sector nog steeds aan instrumentarium ontbreekt.

Bovendien, de experimenteerruimte, waar de motie om vraagt, is er nog niet. En het is nog maar de vraag of, en in elke vorm die er komt. En ten derde, het mededingingsrecht is voor de sector een erkende acute belemmering om de arbeidsmarktagenda van de sector uit te kunnen voeren.⁷

De experimenteerruimte waarover de motie Ellemeet/Asscher spreekt lijkt, na overleg met het daarvoor verantwoordelijke Ministerie van OCW, het karakter te krijgen van een *ultimum remedium*. En de sector zal in dat geval binnen de bestaande regelingen collectief wel de ruimte moeten hebben om iets van betekenis te kunnen uitrichten, voordat uiteindelijk eventueel gegrepen moet worden naar het ultimum remedium. Anders zal het ultimum remedium het standaard instrument worden. En is de sector gehouden overal telkens met de handen op de rug gebonden eerst de ontoereikende instrumenten te hanteren (hetgeen de sector al doet), omdat de beter werkende instrumenten verboden blijven. En waarmee de oplossingen van de acute problemen waarmee wij zitten weer voor tijden vooruit wordt geschoven. En dat is niet de bedoeling van het SER/RvC-advies Passie Gewaardeerd. Die adviseerde vooral om zo snel en zo laagdrempelig mogelijk te komen tot een afgebakende proeftuin en experimenteerruimte.

De huidige opzet van de leidraad betekent, zoals wij die lezen, dat veel van de voornemens die de samenwerkende sector nu in uitvoering heeft (via nu de Regiegroep en straks PACCT en waarover later meer) niet uit te voeren zijn. Het tot stand brengen van honoreringsrichtlijnen en collectieve afspraken en een Sociaal Arrangement waarmee de positie van werkenden verbeterd moet worden lijken voor grote delen van de sector ook met deze leidraad onmogelijk.

⁶ <https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/j9vvij5epmj1ey0/vkjanp1asgxu>

⁷ Gelet op de trajecten van de SER/RvC, de Arbeidsmarktagenda en het commitment van de minister bij het uitvoeren van deze agenda.



Sommige grote ondernemingen of cow boy-sectoren die zich vooralsnog aan de oplossingsgerichte samenwerking onttrekken, en waar de positie van werkenden -niet zonder toeval- doorgaans het slechtst is en waar de noodzaak van toepassen van de arbeidsmarkt agenda het grootst is, staan erom bekend dat zij bovendien elke mogelijkheid en elke onzekerheid over een mogelijk bestand verbod met beide handen zullen aangrijpen om alle gesprekken af te weren. Het gevolg daarvan zal zijn dat de arbeidsmarktagenda in weerwil van de noodzaak en de verwachtingen van ook de overheid in sommige delen van de sector geen of onvoldoende vooruitgang boekt. Zeker waar zij het hardst nodig is.

Dit is des te ernstiger nu er breed gedragen politieke wil en commitment van zowel kamer als de ministers van OCW en Media is voor deze verbeteringen.⁸

Onderscheid 'goederen en diensten'

De leidraad ziet expliciet alleen op zzp'ers die als enige bedrijfsactiviteit het leveren van diensten hebben. De leidraad is niet bedoeld voor zzp'ers die goederen aanbieden. Maar in de leidraad ontbreekt een definitie van beide begrippen. De tekst biedt daarmee onvoldoende houvast voor de praktijk. Enig onderzoek naar de (economische of juridische) betekenis van 'goederen' en 'diensten' levert geen eenduidig beeld en in elk geval te weinig houvast op. Een illustratie is bijvoorbeeld tastbaar, maar is een illustrator daarmee een zzp'er die goederen aanbiedt?

Het niet van toepassing verklaren van de leidraad op 'zzp'ers die goederen aanbieden' lijkt ingegeven door een benadering van het onderscheid tussen diensten en goederen die waarschijnlijk past binnen de wereld van de gemiddelde ondernemer. Maar het gemaakte onderscheid wordt niet nader geduid of gemotiveerd en is het dus gissen naar de achtergrond en precieze betekenis die de ACM aan de woorden 'goederen' en 'diensten' geeft. Het ontbreekt bovendien aan een verwijzing naar de definitie van goederen en diensten die de ACM bij het maken van dit onderscheid in gedachte heeft.

De algemene opzet van de leidraad lijkt om 'werkenden die grote gelijkenis vertonen met werknemers' en overige 'ondernemingen' uit elkaar te houden. En daarmee de focus te houden op uurtarieven of tarieven voor andere tijdseenheden. Dit sluit aan op de algemene opvatting dat een werknemer zijn inzet en vaardigheden voor een bepaalde tijd ter beschikking stelt (arbeid verricht) en daarvoor een vergoeding in de vorm van een salaris (loon) ontvangt.

Creatieve makers/kunstenaars leveren een dienst die doorgaans uiteindelijk uitmunt in één uniek eindproduct, waarvan de investering bijna geheel samenvalt met de daarin gestoken tijd en het talent van de maker. De materiaalkosten zijn doorgaans beperkt. Een auteur schrijft een boek of een scenario, een visuele maker levert een tekening of een schilderij, en de industrieel ontwerper een ontwerp/prototype. Wij gaan ervan uit dat het allemaal dienstverleners zijn (vergelijk: creatief zakelijke dienstverlening), maar iemand zou ook kunnen betogen dat ze een 'goed' leveren, omdat hun eindproduct fysiek tastbaar is. Om niet in een impasse te geraken in het gesprek met de partijen met wie wij, of andere verenigingen in de sector, afspraken zouden willen maken is meer duidelijkheid gewenst.

⁸ Over het commitment van de Minister van OCW wordt op meerdere plaatsen in dit stuk gesproken, en ook de Minister van Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media heeft tijdens de begrotingsbehandeling op 27 november aangegeven ervoor te willen zorgen dat journalisten en andere mediaprofessionals voldoende mogelijkheden moeten hebben om collectieve afspraken te maken.



Wij adviseren ter verduidelijking op te nemen dat in dit kader als ‘aanbieden van goederen’ wordt bedoeld dat de zzp’er(s) ‘in productie genomen goederen’ aanbiedt (i.d.z.v. meerdere identieke exemplaren van hetzelfde goed, c.q. een goed waarvan meerdere identieke exemplaren in voorraad kunnen worden genomen). Of er in elk geval helder over te zijn dat de culturele en creatieve sector wat de ACM betreft onder leveranciers van diensten valt, zoals dit feitelijk al geldt voor de creatief zakelijke dienstverlening waaronder de ontwerp, interieur- en modeontwerp, architectuur, stedenbouw en reclame vallen.

Aardvereiste: aanpassen aan veranderende arbeidsmarkt (moderne sociale partners)

Wij constateren dat in de afgelopen decennia een omslag heeft plaatsgevonden in het denken over contractvormen en vooral ook een grote flexibiliteit in de omgang met onderdelen daarvan. Werknemers worden niet alleen geacht ondernemender te worden, in hun arbeidsovereenkomsten worden ook steeds meer van oudsher als ondernemersrisico betitelde risico’s naar de werknemers verlegd. Aan de andere kant wordt voor arbeid, waarvoor eerder werknemers werden ingehuurd, in toenemende mate zzp’ers ingeschakeld. En de CC-sector kende om verschillende redenen altijd al veel of in sommige subsectoren uitsluitend zelfstandigen. In de meeste gevallen hebben we het dan over zelfstandigen waarvan de (onderhandelings-)positie en arbeidsmarktpositie niet of nauwelijks verschilt van die van een werknemer. Zij vallen mogelijk niet onder de strikte uitleg van het FNV KIEM-arrest. De benadering van het ECSR in de uitspraak van 12 december 2018 (ICTU vs. Ireland) biedt een basis die veel beter past bij de huidige stand van zaken in de huidige arbeidsmarkt (in de CC-sector).

Het onderscheid is verder vervaagd dan waar de ACM op dit moment rekening mee houdt. Wij zitten midden in een ‘moderne/hedendaagse sociale dialoog’. Een hedendaagse/moderne sociale partner aan de zijde van de werkenden vertegenwoordigt zelfstandigen en werknemers. Meer dan 50% van de leden van de Kunstbond werkt inmiddels (ook) als zelfstandige. In veel gevallen werken mensen in hetzelfde beroep achtereenvolgens maar evengoed tegelijkertijd als werknemer én als zelfstandige. Veel van onze oplossingen faciliteren deze fluïde arbeidsmarkt. De Kunstbond vertegenwoordigt en vertegenwoordigde alle werkenden in de adviesraad van de SER en Raad voor Cultuur bij het schrijven van de Verkenning Arbeidsmarkt en het advies Passie Gewaardeerd. Wij zijn vanaf de eerste dag uitermate intensief betrokken bij de Arbeidsmarktagenda CC-sector. De vertegenwoordigers van werkgevers vertegenwoordigen in ons veld hun achterban als werkgevers, maar evengoed als opdrachtgevers.

De gemeenschappelijke sociale doelstellingen van de sociale partners (in hedendaagse zin) omvatten binnen de snel veranderende arbeidsmarkt het terrein van zowel werknemers als zelfstandigen, van werkgevers en dat van opdrachtgevers. En onze gezamenlijke *“doelstellingen van sociale politiek, onze gezamenlijke inspanningen om werkgelegenheid- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren, zouden teveel ondermijnd worden”* als het onderscheid tussen werknemers en ‘als zelfstandige werkenden’ te strikt en vooral zonder enig onderscheid tussen deze als zelfstandige werkenden wordt gemaakt. Het gaat in de ontstane situatie op de arbeidsmarkt om een meer holistische benadering van werkgelegenheid, sociale bescherming en verbeterde levensstandaarden. Juist ook omdat de grenzen zijn vervaagd en de problematiek zich in de praktijk niet houdt aan een juridisch onderscheid of een juridische fictie.

Wijzend op de agendapunten in de Arbeidsmarktagenda CC-sector onder de noemer ‘versterken verdienvermogen’, moge voorts duidelijk zijn dat wij als moderne/hedendaagse sociale partners in de Arbeidsmarktagenda gezamenlijk evengoed een actieplan hebben ontwikkeld dat ook gaat over



economische groei. Dit om de hogere honorering liefst zonder teveel verlies van werkgelegenheid en kostenstijging voor consumenten te kunnen financieren.

Hedendaagse/moderne sociale partners in een hedendaagse/moderne sociale dialoog brengen evenwicht in de twee doelstellingen van het VWEU: economische groei én sociale doelstellingen. Marktwerking en marktintegratie zijn instrumenten om het doel economische groei te bereiken. Wanneer sociale partners (in hedendaagse zin) bewust en weloverwogen denken de twee VWEU doelstellingen te kunnen dienen door voor groepen (kwetsbare en qua positie en wijze van werken zeer aan werknemers verwante) zelfstandigen afspraken te maken op het sociale terrein die raken aan het mededingingsrecht, dan past dit binnen 'aard-vereiste'.

Doelvereiste – sociale doelstellingen / Minimum aan sociale bescherming / Minimum tarief

De ACM formuleert het waarborgen van een 'minimum aan sociale bescherming van werknemers en zelfstandigen', naast verbeteringen als bescherming milieu, dierenwelzijn, of bevordering van de duurzaamheid van de economie, óók als een mogelijke toepassing van "efficiëntieverbeteringen".

De ACM legt met 'een **minimum** aan sociale bescherming' in de par. 49 t/m 52 door de toevoeging van het woord minimum de lat te laag. En de benadering is te eendimensionaal. De opsomming wordt gepresenteerd als een limitatieve opsomming, hetgeen te beperkt is.

In de drie parallelle zaken Albany, Brentjens en Drijvende Bokken⁹ geeft het Europese Hof aan dat de economische doelstellingen die door het mededingingsrecht nagestreefd worden niet zwaarder mogen wegen dan de sociale doelstellingen van het Verdrag. En sociaal beleid is echt wel breder dan het bieden van een 'minimum aan sociale bescherming'. Het gaat wanneer we het over niet-ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht hebben over 'bevordering van werkgelegenheid', 'gestage verbetering van levensomstandigheden en arbeidsvoorwaarden' en 'bieden van adequate sociale bescherming' (art. 151 VWEU).

Het Europese Hof benadrukt dat er in art. 2 van het VWEU-verdrag niet alleen economische doelstellingen nagestreefd worden, maar ook sociale doelstellingen die van even groot belang zijn. In art. 2 EG krijgt de Gemeenschap de opdracht om, naast het bevorderen van economische activiteit, ook levensomstandigheden en arbeidsvoorwaarden te verbeteren en een hoog niveau van werkgelegenheid en adequate sociale bescherming na te streven. Van belang is volgens het Hof dat het optreden van de Gemeenschap volgens art. 3 lid 1 sub g en j EG niet alleen een regime van onvervalste mededinging op de interne markt nastreeft, maar dat de EG ook een sociaal beleid voert.

1. Sectoraanpak – Fair Practice Code (FPC)

Uit de Arbeidsmarktagenda CC-sector komt de *Fair Practice Code Creatieve en Culturele Sector* voort. Een sectorbreed gedragen en 'uit urgente behoefte aan het vormgeven en in stand houden van een gezonde arbeidsmarkt' door de sector zelf opgestelde code stelt: 'betaling van (freelance) medewerkers geschiedt indien er geen cao is, redelijk en eerlijk. Afspraken over honoraria en vergoedingen kunnen in elke discipline worden ontwikkeld, voor zover niet aanwezig.'

⁹ HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751 (*Albany International B.V.*), HvJ EG 21 september 1999, C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121 (*Drijvende Bokken*) en HvJ EG 21 september 1999, C-115/97 en C-117/97, *Jur.* 1999, p. I-6025 (*Brentjens Handelsonderneming B.V.*).



Zowel de sector zelf als de minister van Cultuur, minister Slob van Mediazaken en de provincies en gemeentes geven de sector de opdracht om tot afspraken over eerlijke beloning te komen. Geen minimumtarieven, maar eerlijke tarieven. “Eerlijke beloning is voor mij een onbetwistbaar uitgangspunt”, “eerlijke beloning gaat vóór de kwantiteit van de productie of de werkgelegenheid in de sector” volgens de minister. “Cultuur heeft een belangrijke intrinsieke en verbindende waarde. Wie voor die waarde zorgt, heeft recht op een eerlijke beloning.”

De kamerleden Ellemeet/Asscher vragen in een aangenomen motie¹⁰ de minister van Cultuur “te bewerkstelligen dat in de lijn van de Fair Practice Code sprake zal zijn van eerlijke tarieven en lonen en dar hierover ook afspraken worden gemaakt met gemeenten en provincies”.

De Fair Practice Code kent een open norm: redelijke en eerlijke betaling. De sectorale arbeidsmarktagenda voorziet erin dat overkoepelende en sector-/beroepsspecifieke afspraken worden gemaakt over voorwaarden en tarieven en/of richtlijnen (agendapunten 3.8. en 3.9).

We hebben met z’n allen óók vastgesteld dat de gewenste en noodzakelijke verhoging van het inkomen en verbetering van de positie van werkenden er niet komt zonder deze collectief overeengekomen tarieven en richtlijnen. Dan moeten we die afspraken wel kunnen maken!

Los daarvan. Er moet ook een stevige (collectief uitgedragen) grond zijn voor beroepsgroepen om afstand te kunnen nemen van een nationaal minimumtarief. De vrees/zekerheid bestaat dat een in de maatschappij rondzingend minimumtarief, in onze sector de (inkomens-)positie alleen nog verder zal verslechteren omdat het als een door de politiek erkend ‘redelijke’ tarief zal worden gepresenteerd en gehanteerd in begrotingen en gesprekken met opdrachtnemers.

Een minimumtarief is onvoldoende om tegemoet te kunnen komen aan de opdracht van de minister en de sector om te komen tot ‘eerlijke beloning’.

2. Sociaal Arrangement

Sociale partners (in hedendaagse/moderne zin) hebben het voornemen om in een Sociaal Arrangement (werktitel) verschillende resultaten die voortkomen uit de afgewerkte punten uit de arbeidsmarktagenda, te bundelen en te koppelen aan een set afspraken voor werkenden, werknemers zonder cao, zzp’ers en werknemers met cao.

Verder zullen ook collectieve afspraken over opslagen op tarieven voor sociale voorzieningen, oudedagsvoorzieningen, scholingsfonds et cetera onderdeel van de afspraken moeten worden. Verder zullen in subsectoren overeengekomen tariefafspraken of honoreringsrichtlijnen in het Sociaal Arrangement moeten ‘landen’.

De sociale partners menen dat dit de enige manier is om de complexe en ambitieuze agenda werkbaar, op elkaar aansluitend en met behoud van werkzaamheid -zowel als geheel als van elk van de verschillende elementen afzonderlijk- te kunnen garanderen. Al was het maar omdat daarmee elementen die voor de een wat opleveren (en anderen wellicht iets kosten) gekoppeld kunnen worden aan elementen die wat kosten (en anderen juist weer wat opleveren). Wanneer het niet als één onlosmakelijk geheel kan worden gepresenteerd zal er door *cherry picking* van de bedoelde werking helemaal niets overeind blijven.

¹⁰ Nr. 225 (bij 32 820) van 13 juni 2018



Met andere woorden: deze (hedendaagse/moderne) sociale partners in deze hedendaagse/moderne sociale dialoog brengen evenwicht in de twee doelstellingen van het VWEU: economische groei én sociale doelstellingen. Marktwerking en marktintegratie zijn instrumenten om het doel economische groei te bereiken. Wij als sociale partners (in hedendaagse zin) zijn ervan overtuigd de twee VWEU doelstellingen alleen te kunnen dienen door afspraken te maken op het sociale terrein die raken aan het mededingingsrecht. Dit past dit binnen 'aard-vereiste' in de hedendaagse arbeidsmarkt.

Het kunnen maken van afspraken over tarieven maakt hier onlosmakelijk onderdeel van uit (doelvereiste).

3. Brede roep om realistisch begroting en realistische tarieven

Kijkend naar de inspanningen van minister Koolmees bij kamerbrief van 24 juni 2019 (voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige') ligt weliswaar voor de hand dat door hem (ook) gekeken wordt naar een algemeen minimumtarief, zoals er voor werknemers een algemeen geldend minimumloon bestaat en waarvan we maatschappelijk vinden dat iemand daaronder niet beloond zou moeten kunnen worden.

Maar kijkend naar objectieve redenen die binnen de bestaande en erkende beloningsmethodieken een rol spelen zijn er genoeg argumenten waarom een minimumbeloning voor vele beroepen in de sector niet als billijk, passend of fair te beoordelen zijn.¹¹ Als binnen een sector, als gevolg van de sectorale karakteristieken nauwelijks werkenden in staat zijn op of boven minimum uur-/dagtarieven gehonoreerd te worden, terwijl de objectieve criteria (evident) een hoger tarief zouden rechtvaardigen, dan is dat een aanwijzing dat die sector een probleem heeft (marktfalen).

Collectief mogen onderhandelen is overigens geen oplossing op zichzelf. Net zo min als het een gegeven is dat tarieven zullen stijgen wanneer er collectief onderhandeld mag worden. De sector heeft er ook bij de werknemers altijd moeite mee gehad de tarieven mee te laten stijgen met de rest van de maatschappij. Maar het is wel een knelpunt dat moet worden opgelost voordat er met enig kans van slagen überhaupt gewerkt kan worden aan een verbetering van de arbeidsmarktpositie van zelfstandigen.

[De brede CC-sector, inclusief de SER en de Raad voor Cultuur, de daarvoor verantwoordelijke ministers én de Tweede Kamer, dringen aan op verbetering van de \(inkomens-\)positie van werkenden in de sector, dringen aan op realistische begrotingen gebaseerd op billijke tarieven, mede mogelijk gemaakt door middel van collectief onderhandelen door of namens zelfstandigen. Omdat bij iedereen het besef er is dat er binnen deze sector billijke tarieven anders een fictie blijven. Dan moeten we die afspraken wel kunnen maken.](#)

4. Social Dumping

[Social dumping in de zin van het voorkomen van onderlinge concurrentie tussen werknemers en zzp'ers en daarmee het ondergraven van de arbeidsvoorwaarden van werknemers wordt in de](#)

¹¹ Te denken valt dan aan: het hoge opleidingsniveau in de CC-sector, opleidingskosten, de waarde van creatieve en culturele diensten voor exploitanten en de maatschappij (verdiensten die elders in de keten of op een andere wijze bij anderen dan de werkenden in de sector terechtkomen (stijging waarde onroerend goed rondom creatieve broedplaatsen e.d.)), de onbetaalde niet-productieve tijd, de grote onregelmatigheid van de tijden waarop wordt gewerkt, lange werkdagen of -weken wanneer er wordt gewerkt, de werkonzekerheid, de onzekerheid van inkomsten, de onregelmatigheid van het inkomen, de kosten van sociale zekerheid en ouderdomsvoorzieningen.



leidraad expliciet aangemerkt als een rechtvaardiging om de beperkende werking van het mededingingsrecht te verruimen. Deze toevoeging is voor de sector belangrijk en we juichen dit van harte toe.

Aangezien elk verschil tussen een gegeven salaris voor werknemers en tarieven van zzp'ers per definitie de positie van die werknemers ondergraaft, gaan wij ervan uit dat elk verschil ingrijpen namens werknemers rechtvaardigt.

De brede CC-sector onderschrijft de aanbevelingen van de Commissie Boot (Eindrapport Commissie (model)overeenkomst in het kader van de Wet DBA, november 2016, pag. 31 en 32) om aan te sluiten bij de 'gebruikelijke beloning' (cao) en een opslag 'in de orde van grootte van 50% op het bruto cao-loon' te hanteren. Zie ook hierna: punt 5 Onderscheid werknemers/zelfstandigen (Belastingdienst).

Het kan immers niet de bedoeling zijn dat in dergelijke gevallen slechts collectieve onderhandelingen rondom minimumniveau mogelijk zijn. De concurrentie en het uithollen van de positie van werknemers zal dan namelijk blijvend aan de orde zijn, zonder dat daartegen iets kan worden ondernomen. Hetzelfde geldt uiteraard voor andere van belang zijnde arbeidsvoorwaarden, zoals bijvoorbeeld het van toepassing zijn van een pensioenregeling.

En dit is geen overdreven vrees op basis van een theoretische mogelijkheid. In die periode van ongeveer 10-12 jaar heeft het tot grote verschuivingen op de arbeidsmarkt in de culturele en creatieve sector geleid. In de sector kunsteducatie bijvoorbeeld heeft inmiddels niet alleen het leeuwendeel van de werknemers haar/zijn baan verloren, de arbeidsvoorwaarden zijn ook nog fors uitgehouden. Die zzp-docenten zijn nu aanzienlijk goedkoper dan diezelfde docenten vroeger als werknemer waren. Deels omdat hun honorarium is verlaagd, maar voor een belangrijk deel omdat zij daarnaast nu geen voorzieningen meer hebben voor risico's en geen pensioenregeling. Dit heeft ook effect op de zij-aan-zij beoordeling zoals voorgesteld en waarover later meer. Bij de meeste instellingen, organisaties of initiatieven kan een zij-aan-zij beoordeling niet meer rechtstreeks plaatsvinden, omdat werknemers inmiddels ontbreken. In de orkestensector gebeurt iets soortgelijks.

Omdat de passage over 'social dumping' is opgenomen in een paragraaf die helemaal gaat over 'minimum sociale bescherming' en 'minimumarbeidsinkomen', wekt de leidraad de indruk dat slechts op minimumniveau afspraken gemaakt mogen worden.

Tijdens de werklunch bleek dat de ACM erkent dat elk verschil een beroep op *social dumping* rechtvaardigt (en de daarmee samenhangende de ACM ruimte biedt voor collectieve afspraken). Wij vragen de ACM de leidraad aan te passen op hetgeen tijdens de werklunch werd erkend.

5. Onderscheid werknemers/zelfstandigen (Belastingdienst)

De in 2017 door de Belastingdienst opgestelde Modelovereenkomst Gespecialiseerd Cameraman is in zijn bewoordingen en toelichting een basis-modelovereenkomst voor de creatieve professional. Hierin staat opgenomen:

"cameraman en opdrachtgever handelen als economisch onafhankelijke partijen. Dit komt onder andere tot uiting in het tarief. Hierin verdisconteerd de specifieke expertise, dat de cameraman zelf dient te zorgen voor alle door hem gewenste voorzieningen als pensioen en verzekeringen en het feit dat de cameraman geen werkzekerheid en inkomenszekerheid heeft. Daarmee wijkt het tarief af van het uurtarief van een vergelijkbare cameraman in loondienst, die inkomenszekerheid, ontslagbescherming, en recht heeft op door zijn werkgever betaalde sociale verzekeringen en pensioen.



Opdrachtnemer dient verzekeringen, pensioen en overige kosten volledig zelf uit zijn honorarium te voldoen.”

Dit komt erop neer dat het uitgangspunt bij het onderscheiden van zelfstandigen van werkwerknemers er ook voor de Belastingdienst (onder andere) uit bestaat dat een zelfstandige een behoorlijk percentage méér zal moeten ontvangen dan een eventuele werknemer die hetzelfde werk zou doen.

Dit verhoudt zich op geen enkele wijze met een minimumtarief van om en nabij 16 euro zoals minister Koolmees dit heeft bekendgemaakt. En zonder collectieve onderhandelingen zijn zelfstandigen in de sector niet in staat de genoemde elementen in een honorarium verdisconteerd te krijgen. Nu het wel een onderscheidend element is bij de Belastingdienst, dienen zelfstandigen ook wel in de gelegenheid te zijn om dit onderscheidend element in te vullen, anders wordt een juridisch stelsel ontwikkeld dat totaal niet aansluit op de realiteit. En waarbij werkenden zowel door de kat als door de hond worden gebeten. En om in staat te zijn dit element in te vullen is (in onze sector) collectief onderhandelen nodig.

Overeenstemming, draagvlak en verdiscontering consumentenbelang

Voortbouwend op de vorige paragraaf is het belangrijk om nog eens expliciet te maken dat de sector zelf, los van de opdracht en de subsidievoorwaarde die de minister aan de sector oplegt, in gezamenlijkheid de noodzaak ziet om de positie van werkenden en zzp'ers in de sector te verbeteren. Alleen op die manier kan de sector kwalitatief, gezond en duurzaam zijn. We realiseren ons dat er op dit moment in veel gevallen roofofbouw wordt gepleegd op mensen en dat de verdeling van de waarde die de sector toevoegt niet overal fair is. De consument wordt bij herverdeling van de opbrengsten niet benadeeld. Deze gaat niet meer betalen. En daarnaast worden afspraken gemaakt over economische groei om die betere betaling te kunnen financieren.

Sociale partners (in moderne zin) slaan de handen ineen om via een sociale dialoog (in moderne zin) gezamenlijk oplossingen te bedenken die passen bij een moderne arbeidsmarkt in transitie waarbij het overgrote deel van de werkende populatie in de CC-sector simpelweg als kwetsbaar moet worden gekenschetst, men leeft in grote onzekerheid.

Wanneer beide partijen het, werkend binnen de gezamenlijke opdracht van de Arbeidsmarktagenda Culturele en Creatieve Sector ter verbetering van de zorgelijke arbeidsmarktsituatie van veel werkenden en vooral zzp'ers, eens worden over het hanteren van bepaalde minimumtarieven voor specifieke beroepen en de opslagpercentages in verband met ervaringsjaren en andere relevante elementen, dan mag worden aangenomen dat de werk-/opdrachtgevers daarbij hebben meegenomen dat zij in de markt nog voldoende in staat zullen zijn om de producten of diensten, waarvoor zij de arbeid van zzp'ers nodig hebben, nog aan de consument kunnen slijten. Met andere woorden, ze nemen in hun beslissingen echt wel mee wat de consument nog een redelijke prijs zullen vinden voor de betreffende dienst (consumentenbelang).

In de leidraad moet worden opgenomen dat overeenstemming over tarieven met opdrachtgevers een omstandigheid is op grond waarvan aangenomen wordt dat het consumentenbelang hierdoor dermate serieus is meegewogen dat dergelijke afspraken in beginsel onvoldoende inbreuk op het mededingingsrecht maken om daartegen op te treden.



Tijdens de SER-werklunch bleek dat de ACM wel degelijk aan sociale partners deze ruimte beoogt te geven. Daar zijn wij uiteraard blij mee, maar wij lezen dat zelf niet in de leidraad. Terwijl dit wel van groot belang is om (aankomende) contractspartijen in het veld gerust te kunnen stellen.

Collectieve acties om tot overeenstemming te komen

Wanneer werknemers in een onderhandelingsproces niet tot de afspraken kunnen komen die zij wenselijk vinden staat voor hen de mogelijkheid van collectieve acties open. Er zijn tal van verschillende collectieve acties denkbaar. Waarbij staken het uiterste actiemiddel is om de onderhandelingen kracht bij te zetten. Binnen een systeem waarbij het (verenigingen van) zelfstandigen of in elk geval sociale partners (in hedendaagse zin) onder omstandigheden wordt toegestaan om afspraken te maken over tarieven voor zelfstandigen dan ligt het voor de hand dat alle daarbij behorende mogelijkheden (van collectieve actie) ook mogelijk moeten zijn. Omdat het de zelfstandigen anders aan mogelijkheden ontbreekt om een -aanvankelijk terughoudende- contractspartij over de drempel heen te helpen die tussen partijen en hun overeenstemming in de weg staat. [Als het tussen verenigingen van werkenden/zelfstandigen en de opdrachtgevers 'overeenkomen' van \(tarief\)afspraken een belangrijk element is van het toestaan van het maken van collectieve afspraken -en waarbij in het kader van de efficiëntieverbetering het belang van de consument is meegewogen- zal het de \(verenigingen van\) zelfstandigen ook moeten worden toegestaan om hun onderhandelingen kracht bij te zetten door middel van collectieve acties teneinde tot die overeenstemming te komen.](#)

Tijdens de werklunch is dit aan de orde gekomen en er werd bevestigend geantwoord op de vraag of collectieve acties mogelijk geacht werden. Ook stakingen door zelfstandigen, in bovengenoemd geval en in een poging om tot overeenstemming te komen, werden aanvaardbaar geacht. [Het lijkt ons belangrijk dat dit ook in de leidraad een plek vindt.](#) Dit geeft duidelijkheid en helpt om de CC-sector om de arbeidsmarktagenda in de beoogde breedte uit te voeren.

Onevenwichtige machtsbalans

Bij alle grote mediabedrijven in print werken ingehuurde freelancers op de redactie naast vaste krachten. Dit gebeurt bij het Algemeen Dagblad, De Volkskrant, Trouw, Het Parool, NRC, de regionale bladen van de Telegraaf Media Groep evenals de regiotitels van het AD.

Wij kennen in de sector de mediabedrijven waarbij voor ingehuurde fotografen en fotojournalisten het contracten-en facturatiedeel volledig geautomatiseerd is en voorzien van standaardvergoedingen. Er kan door de zelfstandigen niet worden onderhandeld. Freelancers kunnen zich alleen in de sector handhaven voor de voorwaarden van de opdrachtgevers te accepteren. We kennen de steeds groter wordende mediaconglomeraten of de (publieke) omroeporganisaties die in sommige gevallen allen werken met dezelfde standaardbepalingen of -contracten en waarmee het voor zelfstandigen onmogelijk is over de relevante inhoudelijk bepalingen te onderhandelen. De omroepen met overeenkomsten met kickback bepalingen waarin (vergoedingen voor) auteurs- en naburige rechten die componisten en artiesten, in weerwil van het gebruik in de sector en de bedoeling van de wetgever aan de omroepen moesten worden overgedragen. Allen via dezelfde muziekuitgeverij.

In het verleden werden in bepaalde sectoren in gezamenlijk overleg tariefafspraken gemaakt. Dergelijke afspraken waren onder meer gangbaar bij scenarioschrijvers, technici, fotografen, journalisten en anderen. Binnen de publieke omroep werden de honoraria voor bepaalde freelancers vastgesteld door het Honorariumcollege, een adviesorgaan van de vroegere NOS (HOCO-tarieven). Hoewel niet bindend, vonden deze tarieven vrij algemeen navolging binnen de publieke omroep. In



de notitie voor het gesprek van 24 april tussen de Regiegroep en de ACM verwezen wij hier al naar, alsmede naar de publicatie van prof B. Hugenholtz die aan lans brak voor het opnieuw mogelijk maken van het overeenkomen van dergelijke afspraken (“De Rechtspositie van de Audiovisuele Maker binnen de Publieke Omroep” 2015¹²).

Eerder bij de paragraaf over het ‘aardvereiste’ en in de notitie voorafgaand aan het gesprek op 24 april jl. hebben we verwezen naar de uitspraak van de ECSR in de zaak ICTU vs Ireland. Onder verwijzing naar de veranderende arbeidsmarkt en het verleggen van risico’s naar werkenden was de conclusie van het ECSR: *“het doorslaggevende criterium is eerder of er een onevenwichtige machtsbalans bestaat tussen de aanbieders van arbeid en hen in ruil voor deze inzet betalen. Als zelfstandigen, wanneer zij individueel zouden onderhandelen, geen substantiële invloed hebben op de inhoud van contractuele voorwaarden, moet hen de mogelijkheid worden geboden om de machtsonevenwichtigheid te verbeteren door collectief onderhandelen.”*

Het IMF heeft onlangs de effecten van ongebreidelde groei van organisaties die het ene na het andere bedrijf overnemen in kaart gebracht.¹³ Het IMF bestudeerde 900.000 bedrijven in zestien ontwikkelde landen en elf opkomende landen om tot deze analyse te komen. Het overgrote deel van de winsten vloeit volgens het IMF naar de grote bedrijven. Maar investeringen en innovatie nemen af wanneer de onderneming een dominante positie heeft bereikt. Het schaalvoordeel levert de werknemers, zzp’ers, leveranciers of de consument zelden meer op. De vermogens- en inkomensgroei van topmannen en aandeelhouders staat in schril contrast met de groei van de lonen van werkenden of de prijzen die aan leveranciers worden betaald. Vooral de leveranciers komen er bekaaid af want na elke overname krimpt hun onderhandelingspositie. Er zijn immers steeds minder spelers.

Wij missen, onder verwijzing naar de ICTU vs Ireland-uitspraak van de ECSR, in de leidraad een houvast voor zzp’ers om op een serieuze wijze iets te kunnen aanrichten tegen marktfalen ten koste van hun (onderhandelings-)positie, in situaties waarin er sprake is van een (of enkele) overheersende marktpartijen (monopsonie) in een markt opereert (opereren). Het beginsel van contractsvrijheid, dat mede beoogt zwakkere contractspartijen te beschermen, gaat verder dan ‘het recht om ‘nee’ te zeggen’ tegen een voorgelegde eenzijdige standaardovereenkomst.

Wel/niet ‘onderneming’ in de zin van het mededingingsrecht

De arbeidsmarkt is in transitie. Er is sprake van een verregaande flexibilisering. We zijn als Nederland al kampioen flex¹⁴, de creatieve en culturele sector is nog eens aanzienlijk flexibeler dan Nederland als geheel.

De ACM hanteert in de leidraad een te strikte benadering van een ‘onderneming’ in de zin van het mededingingsrecht. Een benadering die onvoldoende aansluit bij de huidige veranderde arbeidsmarkt en in elk geval die in de CC-sector. We gaan verderop ook in op de opdracht van de ministers van OCW en van Media, de SER en Raad voor Cultuur en de sector aan de sector zelf.

¹² <https://pure.uva.nl/ws/files/17791369/1812.pdf>

¹³ Zie: <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/04/05/mondiaal-antwoord-op-ongebreidelde-groei-bedrijven-is-nodig-a3955853> en <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/04/03/macht-van-megabedrijven-kost-welvaart-a3955622>

¹⁴ In 2018 waarschuwden De Nederlandsche Bank, het Internationaal Monetair Fonds, de Europese Commissie en het verbond van geïndustrialiseerde economieën OESO voor de negatieve gevolgen van de enorme flexibilisering in Nederland. (Bron: <https://www.groene.nl/artikel/terug-naar-de-keukentafel>)



Er zijn zelfstandigen die bewust en vanuit overtuiging zzp'er zijn. Pur sang ondernemers die met zo min mogelijk externe bemoeienis willen kunnen ondernemen. Andere werkenden zijn echter zelfstandig tegen wil en dank. Het werk én de risico's worden door bedrijven, organisaties en instellingen zoveel mogelijk uitbesteed door middel van nieuwe vormen in de arbeidsrelaties. En daarmee verandert het werk niet, maar verschuiven de 'oude' paradigma's wel degelijk. De grens tussen de gezagsverhouding tussen werkgevers en werknemers tussen werknemers en werkgevers of de instructiebevoegdheid tussen een opdrachtgever en een opdrachtnemer is nauwelijks meer te onderscheiden.

Je kunt niet meer volhouden dat een werknemer niet deelt in de risico's en winsten van een onderneming (hoeveel werknemers hebben inmiddels geen omzet- of winstafhankelijke bonussen?)

Aan veel arbeidsovereenkomsten zijn ontbindende of andere voorwaarden gekoppeld die gebaseerd zijn op omstandigheden die voorheen tot het ondernemersrisico werden gerekend. En met het 'uitbesteden' of 'verleggen' van risico's naar de werkenden, en zeker ook de zzp'ers, vervaagt ook de grens van het commerciële risico tussen hen en de onderneming waar ze voor werken. Als in de overeenkomst van opdracht van een muzikant een ontbindende voorwaarde wordt opgenomen gekoppeld aan het vervallen van optredens door ziekte van de beroemde solist, of onvoldoende verkoop van de act dan draagt deze volop mee in het commerciële risico. Hetzelfde geldt voor de kunsteducatieconsulent wiens arbeidsovereenkomst van seizoen tot seizoen afhankelijk is van de verkoop van diensten door het centrum aan afnemers.

Om die reden worden ook steeds meer ondernemende vaardigheden van werknemers verwacht en zij dienen zich ook ondernemender op te stellen. Worden meer verantwoordelijk voor het zelf binnenhalen van opdrachten, en het zelfstandig ontwikkelen of vernieuwen van nieuwe diensten waarmee je je eigen werk creëert of behoudt.

Het kan niet zo zijn dat al deze vaak noodzakelijk geworden of opgelegde veranderingen in de arbeidsverhoudingen tussen de werkgever en de werknemer je worden tegengeworpen wanneer je ineens aan de andere kant van de lijn beland. Wanneer een eenmaal ontslagen en tot zzp'er gemaakte werknemer aanspraak maakt op een arbeidsovereenkomst of wanneer een belangenvereniging namens deze schijnzelfstandigen tariefafspraken wil maken. Dan zijn al die eerst voor de werknemer steeds meer noodzakelijk geworden competenties en vaardigheden ineens karakteristieken die maken dat het een zzp'er zou zijn....? En verschuilen sommige opdrachtgevers of producenten (en de ACM) zich daarachter en stellen zij dat afspraken maken over tarieven voor deze zzp'ers verboden is.

Binnen al deze 'modernisering', vervaging of beter wegvallen van veel van het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen, waarbij de CC-sector (ver) voorop loopt op de doorsnee arbeidsmarkt in Nederland, en waarbij de rechten van werkenden alleen maar worden uitgehold, is vasthouden aan een -op de oude arbeidsmarkt gestoelde- uitleg van een beschermende regel niet langer houdbaar of rechtvaardig. Dan laat men de relatief zwakkere deelnemers aan de arbeidsmarkt bewust verder en verder verzwakken. De CC-sector kent inmiddels in verhouding zes maal meer zelfstandigen dan Nederland gemiddeld. Politiek wordt dit al ingezien. De ACM moet dit signaal aanvaarden en zich aan de wijzigende markt aanpassen **en het mededingingsrecht niet slaafs of blind toepassen. Omdat anders hele groepen zwakke deelnemers aan de arbeidsmarkt, creatieve professionals, kunstenaars en andere werkenden in de sector steeds verder richting de armoede worden gedreven. En de maatschappij als geheel, en alle consumenten die zich daarin bevinden, krijgen daar uiteindelijk de rekening voor gepresenteerd.**



Wij vragen in het kader hiervan bovendien extra aandacht voor de zelfstandigen die de core business van de onderneming in wiens opdracht zijn werken uitvoeren. Muziekdocenten van een muziekschool. Journalisten die voor de redactie van een medium werken. Een koorlid in een koor. Hun werkzaamheden vallen toch zozeer samen met de kern van de onderneming waarvoor wij die werkzaamheden verrichten, dat zij er qua bedrijfsactiviteit zozeer mee samenvallen dat zij niet meer als zelfstandige ondernemingen kunnen worden gezien?

De ACM biedt te weinig ruimte, mogelijkheden of aanknopingspunten om onderbouwd en gemotiveerd (groepen) 'zelfstandigen' uit de sfeer van het mededingingsrecht te houden zoals door de SER/Raad voor Cultuur geadviseerd en via de motie Ellemeet/Asscher door de Tweede Kamer gesteund. Bijvoorbeeld omdat deze niet of onvoldoende zelfstandig hun marktgedrag kunnen bepalen of zij onvoldoende in staat zijn tot prijsvorming te komen die tot een duurzame en gezonde bedrijfsvoering leidt, of die in overeenstemming is met de geleverde dienst.

De sociale partners, of vertegenwoordigers namens werk-/opdrachtgevers en werk-/opdrachtnemers weten over het algemeen heel goed welke (delen van) beroepsgroepen zich wel of niet als 'ondernemer' beschouwen en hoe ze deze groepen moeten definiëren.

Tijdens de werklunch werd duidelijk dat ook bij de ACM het idee leeft dat sociale partners in dergelijke gevallen in staat zouden zijn om te kunnen beoordelen wie echte ondernemingen (willen) zijn en voor wie dat niet geldt. En hen zou bijgevolg de ruimte moeten toekomen om deze grenzen gezamenlijkheid te definiëren. Wij vragen jullie dit in de leidraad op te nemen.

'Zij-aan-zij' regel

Met de introductie en de uitleg van het zij-aan-zij werken (werknemers - (schijn)zelfstandigen) beoogt de ACM een handvat te geven om de uitspraak van het Europese Hof van Justitie in de FNV KIEM-zaak (rechtsvoorganger van de Kunstbond) in de praktijk toe te kunnen passen. Is er sprake van een 'onderneming' in de zin van het mededingingsrecht of niet. Voor onze sector is het criterium zoals omschreven onvoldoende werkbaar en doet het geen recht aan de bestaande realiteit.

Het zzp-schap is door de politiek over de afgelopen decennia veelvuldig aangemoedigd. En de markt handelt daarnaar. En daar waar dit aan de orde is zal de zwakste in de onderlinge verhouding zich voegen naar de wens van de sterkere. En dat geldt ook voor het al dan niet alleen op papier accepteren van meer 'vrijheid' om werkenden formeel als zelfstandigen te kunnen bestempelen.

Inmiddels geen werknemer meer aan de zij

Mede als gevolg van het feit dat de ACM in het verleden (toen NMa) zo'n strikte benadering had van wie wel/niet een onderneming was in de zin van het mededingingsrecht, wilden talloze werk-/opdrachtgevers niet langer afspraken met ons maken over tarieven voor mensen die nu schijnzelfstandigen worden genoemd, maar waarvan de ACM destijds stelde dat het echte ondernemingen waren. Dit heeft in de praktijk nogal wat gevolgen gehad. In het onderdeel 'social dumping' leggen we uit dat elk verschil tussen een cao en een zzp'er tot uitholling van de positie van de door een cao beschermde werknemer leidt. In de praktijk zijn er in veel muziekscholen en centra voor kunsten inmiddels in veel functies geen werknemers meer te vinden waarmee de zzp'er zij-aan-zij zou kunnen werken, cq. waarmee je hem/haar zou kunnen vergelijken. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor koorleden. Kijkend naar zijn/haar positie en wijze van werken is een koorlid rechtstreeks te vergelijken met een musicus (remplaçant) in een orkest. Zal hetzelfde stuk moeten spelen als de rest, zal zich moeten houden aan de aanwijzingen van de dirigent, zal op dezelfde tijd



en plaats moeten komen opdraven bij repetities of opvoeringen als ieder ander. Dat er koren zijn waar geen enkel koorlid meer via een arbeidsovereenkomst werkt, verandert daar niets aan. Zelfs wanneer er op een gegeven moment geen enkel koor meer bestaat dat met arbeidsovereenkomsten werkt, verandert dit naar ons inzicht niets aan de verhouding tussen de koorleden en de koordirecties en blijven de koorleden evidente schijnzelfstandigen.

Een redelijke uitleg van de regel zou moeten betekenen dat deze op sectoraal niveau beoordeeld kan worden, los van een specifieke vestiging of organisatie, omdat daarin door al dan niet recente reorganisaties inmiddels mogelijk geen werknemers meer actief zijn in de functies waarover men collectief wil onderhandelen.

Er zijn nooit werknemers geweest voor aan de zij

Er zijn daarnaast beroepsgroepen waar het werk als werknemer helemaal niet verricht kan worden, maar waarbij de inkomenspositie vanuit de arbeidsmarktagenda bij uitstek aanleiding geeft tot ingrijpen. Het is geen wonder dat de Kunstenaarshonorariumrichtlijn de eerste algemene richtlijn is die de sector in dat kader heeft opgeleverd. (Vanuit kunstenaars is er overigens behoorlijke onvrede over die regeling, omdat deze veiligheidshalve om mededingingsrechtelijke redenen op het allerlaagste bestaansminimum is gebaseerd.)

Voorbeeld: een klein koor in het oosten des lands, met weinig subsidie. De koorzangers werken hier voor €25,- bruto/bruto per uur. Hiervoor komen ze vanuit het hele land naar Enschede.

Onderhandelen is niet mogelijk, reistijd wordt niet vergoed en ze worden makkelijk vervangen, desnoods door amateurs. Ze werken onder een totale gezagsverhouding. Het feit dat deze mensen voor bijna niets werken, zorgt ervoor dat er een oneigenlijke concurrentie tussen dit koor en bv. het koor van de Nationale Opera ontstaat. Het betreffende koor kan zichzelf veel goedkoper in de markt zetten, door het onderbetalen van haar zzp'ers/dagloners. Dit zou bij uitstek een groep zijn, waarbij tariefafspraken een uitkomst zou kunnen bieden. Ze werken echter niet direct zij-aan-zij met koorzangers in loondienst waardoor het zij-aan-zij principe niet direct op gaat. Voor deze groep geldt ook dat de kwaliteit zou verbeteren, als ze zouden kunnen onderhandelen. Het koor heeft nl. moeite goede tenoren te vinden voor deze prijs.

Daarnaast ontstaan er nieuwe subsectoren waar alle werkenden als zzp'er worden ingehuurd. Ongeacht de relatie tussen degene die inhuurt en degene die arbeid levert. Denk aan de nieuw opkomende animatie-industrie. Veruit de meeste van de daarin werkzame personen gaan naar een werkplek/studio om op min of meer vaste tijdstippen aan een productie te werken. Men werkt onder gezag van de regisseur en de producent. Maar aan de andere kant bestaat de mogelijkheid om in sommige gevallen op eigen apparatuur te werken en zijn er misschien ook mensen die soms vanuit huis werken. Maar het zzp-schap en de overeenkomst van opdracht is wat men kent en dat is wat de producenten als enige aanbieden. Vooralnog is onze inschatting dat wij een ontluikende nieuwe Nederlandse industrie¹⁵ in de knop breken wanneer wij daarin via rechtszaken ongewenste arbeidsovereenkomsten afdwingen. Dus in het belang van de economische groei van deze beginnende sector en met het oog op groei van werkgelegenheid lijkt afdwingen van arbeidsovereenkomsten voorlopig een contraproductieve benadering.

Een zij-aan-zij regel biedt in de hierboven beschreven situaties geen houvast.

¹⁵ <https://dutchculture.nl/en/news/dutch-animation-industry-artistic-discipline-rise?fbclid=IwAR1pwOjmXzwbHbHYuPrXCQ9jEclF5I4bebtSgUTtvqVmtXkyhSXY8TMTgeMI>



Een redelijke uitleg van de regel zou zelfs los moeten (kunnen) staan van een sectorale zij-aan-zij vergelijking tussen werknemers en zzp'ers in hetzelfde beroep, omdat deze werknemers mogelijk niet (meer) voor handen zijn en misschien zelfs ook niet zijn geweest. Terwijl de wijze waarop zzp'ers binnen de organisaties in de sector werken de facto niet of nauwelijks zou hebben afgeweken van de wijze waarop werknemers in de sector zouden hebben gewerkt, wanneer zij in de sector aanwezig zouden zijn geweest.

Tijdens de werklunch begrepen wij dat de ACM van mening is dat sociale partners de mogelijkheid zouden moeten hebben om via gezamenlijke afspraken de twee hierboven genoemde onduidelijkheden in te kleuren. Wie zien die mogelijkheid graag in het document terug.

Europese dimensie (zij-aan-zij regel)

Verder is de beoordeling van het HvJEU een beoordeling over de toepasselijkheid en uitleg van (art. 101 lid 1 van) het VWEU. Europese regels, waarvan het de bedoeling is dat we daarmee zoveel mogelijk een gelijke set regels creëren voor alle EU-landen. Wij gaan ervan uit dat de beoordeling omtrent wat een 'onderneming' is in de zin van het mededingingsrecht, zoals vastgelegd in het VWEU, voor alle Europese landen gelijk is of zoveel mogelijk zou moeten zijn. Dat zou impliceren dat ook alles wat buiten een 'onderneming' in de zin van het mededingingsrecht valt ook voor alle Europese landen ongeveer hetzelfde zou moeten zijn. En zeker nu de wereld sowieso al 'kleiner' wordt en mensen steeds internationaler werken. En dit geldt te meer voor de creatieve en culturele sector waar voor veel mensen de wereld of de EU hun arbeidsmarkt is en zij afwisselend nu eens in Duitsland en dan weer in Engeland werken. En zeker gelet op het fundamenteel vastgelegde vrije verkeer van mensen in de EU, kan de beoordeling of er in een specifiek geval sprake is van een onderneming in de zin van het mededingingsrecht én dus de beoordeling van het zij-aan-zij criterium (waarvan de naam als gezegd wat ons betreft onjuist is) niet beperkt worden tot de Nederlandse situatie.

- Waarom zouden voice-over acteurs in Ierland of Denemarken¹⁶ wel collectief mogen onderhandelen over hun tarieven en zouden Nederlandse voice-over acteurs, als zij onder vergelijkbare omstandigheden werken, dat vervolgens niet mogen?
- Wanneer er in Denemarken door de vakbonden collectieve overeenkomsten zijn afgesloten voor bijvoorbeeld filmacteurs en waarin afspraken zijn gemaakt over bijvoorbeeld minimumtarieven en toeslagen voor gewerkte uren boven de acht uur per dag¹⁷, en filmacteurs werken in Denemarken op een vergelijkbare wijze als in Nederland, dan staan de Europese mededingingsregels er niet aan in de weg (of zouden dat niet behoren te doen) dat ook Nederlandse filmacteurs -mochten zij dat willen- collectief onderhandelen over bijvoorbeeld minimumtarieven. Ook niet wanneer het in de Nederland flexibele context inmiddels al jaren een feit is dat er gewerkt wordt met overeenkomsten van opdracht.

Op de site waarnaar wij in voetnoot 14 verwijzen is te zien dat bijvoorbeeld de Deense acteursvakbond collectieve overeenkomsten afsluit met onder andere minimumtarieven voor nasynchronisatie acteurs, acteurs in speelfilms, in korte film, in televisieproducties, in talentenfilms etc. Dan zouden onder hetzelfde EU-verdrag ook Nederlandse acteurs in staat gesteld moeten worden om voor vergelijkbaar werk collectieve overeenkomsten met onder andere minimumtarieven af te spreken.

¹⁶ <http://skuespillerforbundet.dk/raadgivning/loen-og-ansaettelse/overenskomster-og-kontrakter/>

¹⁷

[http://skuespillerforbundet.dk/fileadmin/user_upload/documents/R%C3%A5dgivning/Loen_og_ansaettelse/Medie/Spillefilm/Overenskomst - Spillefilm 2011.pdf](http://skuespillerforbundet.dk/fileadmin/user_upload/documents/R%C3%A5dgivning/Loen_og_ansaettelse/Medie/Spillefilm/Overenskomst_-_Spillefilm_2011.pdf)



Dit geldt des te sterker nu zowel in de aangenomen [motie Monasch/Van Dijk](#) als in de eveneens aangenomen [motie Ellemeet/Asscher](#) ook al een vergelijking is gemaakt tussen de Nederlandse situatie, waarin collectief optreden is verboden, met andere Europese landen waarin collectief optreden wel mogelijk is. Er is in de (film)sector sprake van een toenemende internationale markt (onder andere van internationale co-producties) waarin Nederlanders vaker in andere EU-landen werken en professionals uit andere landen vaker in Nederlandse organisaties werken.

Juist omdat het om een Europese regel gaat, zou bij de beoordeling ook gekeken moeten kunnen worden naar andere Europese landen die onder hetzelfde verdrag (hetzelfde toetsingskader) vallen. Dat de Nederlandse arbeidsmarkt in de juridische benadering van (soorten) contracten (extreem veel) flexibeler is dan die in veel andere Europese landen, betekent niet dat er in de feitelijke uitvoering van werk zoveel verschillen zijn. En al helemaal niet dat daarmee, onder hetzelfde verdrag, enige beroepsbeoefenaar in het ene land het recht op collectief onderhandelen zou moeten kunnen worden ontnomen, terwijl deze dat recht in een ander land onder vergelijkbare omstandigheden wel heeft.

In alle hierboven in de paragraaf over de zij-aan-zij-regel bedoelde gevallen zou moeten gelden dat een in dit kader te goeder trouw gemaakte beoordeling door zzp'ers of hun vertegenwoordigers in beginsel als een juiste beoordeling dient te gelden.

Bagateluitzondering

Het kartelverbod geldt niet voor afspraken van geringe betekenis, de bagateluitzondering. De bestaande afbakeningen (max acht zzp'ers, gezamenlijke omzet niet meer dan 1,1 mln. euro, gezamenlijk marktaandeel niet meer dan 10%) roept vragen op.

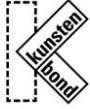
Binnen de educatieve sector wordt bijvoorbeeld veelvuldig gewerkt in auteursteams die soms uit meer dan acht personen bestaan, maar nooit aan een gezamenlijke omzet komen die meer is dan 1,1 miljoen euro. Het roept vragen op waar de maximering tot acht personen en de omzetnorm van 1,1 miljoen euro is gebaseerd. Welke posten worden onder omzet meegeteld? Welke niet? Hetzelfde geldt voor de afbakening van 'markt' en 'marktaandeel'.

Wellicht kunnen praktijkvoorbeelden/rekenvoorbeelden meer helderheid verschaffen hoe deze voorwaarden geïnterpreteerd moeten worden door specifieke groepen creatieve makers.

Uitnodiging

Wij zijn blij met de uitnodiging van de ACM om het gesprek aan te gaan indien wij twijfels hebben of hetgeen ons voor ogen staat ook geoorloofd is. Zonodig, maar sinds de werklunch hebben we het idee dat het aantal beroepsgroepen waarvoor dit echt nodig is misschien nog wel eens beperkt kan zijn, gaan we in die gevallen graag in gesprek over de mogelijkheden. En de gevolgen die naar de mening van ACM ongewenst zijn en welke indicatoren daar eventueel bij te bedenken zijn, zodat we met de ACM afspraken kunnen maken over monitoring van effecten.

Denk bij de handhaving en de invulling van definities en criteria ook aan de achtergrond van de sociale en mededingingsrechtelijke doelstellingen van Europa. Het is van belang om na te denken welke effecten echt ongewenst en juist gewenst zijn. Heel strikt toepassen van een verbod, ook als de effecten van het ruimer interpreteren daarvan geen probleem vormen (sterker, die zijn op dit



moment juist ongewenst), is onbillijk, contraproductief en binnen het omvattend Europese recht misschien zelfs onwettig of onrechtmatig.

Ook vóór de inwerkingtreding van het mededingingsrecht in Nederland in 1997 bleef de ontwikkeling van de positie van werkenden in de CC-sector (werknemers zowel als zelfstandigen) stelselmatig achter bij aanverwante sectoren (overheid en quartaire sector). En helemaal in vergelijking met commerciële en andere sectoren. Om die reden is er met enige regelmaat overheidsingrijpen nodig geweest om de (inkomens-)positie weer enigszins op niveau te krijgen.¹⁸ Vandaar ook nu de Arbeidsmarktagenda.

In de notitie die wij opstelden voorafgaand aan het gesprek van 24 april jl. beschrijven wij de redenen waarom de huidige strenge/strikte invulling van het mededingingsrecht voor de sector zo'n probleem vormt. Ook in de rapportage van de SER en Raad voor Cultuur uit 2015 en 2016 wordt daarover het nodige gezegd. Aanvullend daarop:

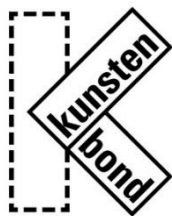
- het mededingingsrecht bestaat per definitie om zwakkere individuen (i.c. consumenten) te beschermen tegen samenspannende (machtigere) ondernemingen. Het pas niet dat diezelfde regelgeving vervolgens zwakkere individuen (i.c. zzp'ers) verbiedt samen een vuist te maken tegen (veel) machtigere ondernemingen;
- het wringt dat de Nederlandse mededingingsautoriteit in Europa erom bekend staat 'het braafste jongetje van de klas' te willen zijn (de mededingingsregels erg strikt en strikter dan andere Europese autoriteiten uit te leggen), terwijl we juist in Nederland op de arbeidsmarkt kampioen flex zijn. *"De flexibilisering is hier veel verder doorgeslagen dan in andere Europese landen"*.¹⁹ In de Nederlandse arbeidsmarkt denken werk-/opdrachtgevers en werkenden dat het volledig hun eigen keuze is of werk in de vorm van een overeenkomst van opdracht of van een arbeidsovereenkomst wordt gegoten, zonder dat dit effect heeft op de onderlinge (gezags-)verhouding;

¹⁸ Cap Gemini Ernst & Young (2001), Arbeidsvoorwaarden kunstensector: achterstanden, knelpunten, oplossingen

¹⁹ In 2018 waarschuwden De Nederlandsche Bank, het Internationaal Monetair Fonds, de Europese Commissie en het verbond van geïndustrialiseerde economieën OESO voor de negatieve gevolgen van de enorme flexibilisering in Nederland. (Bron: <https://www.groene.nl/artikel/terug-naar-de-keukentafel>)



Met vriendelijke groet,
De Kunstenbond,



mede namens,

NVJ

Nederlandse
Vereniging van
Journalisten

U
T
E
U
R
S
A
B
O
N
D

platform	
voor	•
freelance	•
musici	

